This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

KEB
UPK
HMa
12-1-2

4967. 32666

ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

v. 16

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUMI XII. — FASCICOLO 1.°

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. SCALVANTI)

PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(PALAZZO PROVINCIALE)
1901

SOMMARIO

Fedozzi. — Il diritto amministrativo internazionale. — (Nozioni sistematiche) . . . . . Pag. 5

ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUME XII. — ANNO 1902.

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. SCALVANTI)

STANFORD LIBRARY

PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(PALAZZO PROVINCIALE)
1902

INDICE DEL VOLUME XII

ANNO 1902

FEDOZZI. — Il Diritto amministrativo internazionale. — Nozioni sistematiche . . . . . Pag. 5

MICELI. — Psicologia del Diritto. — Studi . . . . . » 89

PROSPERO FEDOZZI

Prof. di Diritto Internazionale nell' Università di Perugia

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO INTERNAZIONALE

(NOZIONI SISTEMATICHE)

I.

La forza produttrice di diritto dei rapporti internazionali agendo nella sfera degl' interessi puramente individuali determinò la formazione del *diritto internazionale privato,* il cui organismo è ormai reso scientificamente autonomo tanto dal diritto internazionale generalmente considerato quanto dal diritto privato interno, giungendo nel suo processo evolutivo a tal grado di differenziazione da noverare nel suo seno come altrettante branche distinte il *diritto civile internazionale,* il *diritto commerciale internazionale* e il *diritto privato marittimo internazionale.* A servizio e complemento di questo organismo giuridico per la necessità della sua azione sta quel *diritto procedurale internazionale,* che per il carattere trasmessogli dalla materia sua originaria, così come questa si presenta nel campo dei rapporti interni, dovrebbe far parte del diritto internazionale publico alla stessa stregua del *diritto penale internazionale.* All' infuori degli oggetti propri di queste due ultime branche giuridiche internazionali, tutti gli altri rapporti fra Stati aventi per origine e fondamento un interesse collettivo rientrano nella sfera di competenza del *diritto internazionale pubblico* propriamente detto. Senonchè questa competenza stessa è venuta in questi ultimi tempi a scindersi, determinando la ritenzione della vecchia denominazione nel senso suo più stretto pel complesso dei principî giuridici, che governano i rapporti fra Stati d' indole politica,

e la creazione della nuova denominazione di *diritto amministrativo internazionale* pel complesso di principî giuridici, che governano i rapporti fra Stati d'indole amministrativa.

Se in fatto la distinzione di queste due grandi categorie di rapporti aventi per oggetto interessi collettivi degli Stati può dirsi coeva all'esistenza stessa del diritto internazionale, la differenziazione nella elaborazione scientifica è invece appena ai suoi inizî e presenta le più gravi divergenze di vedute intorno al concetto, al contenuto, ai limiti del diritto amministrativo internazionale. Le ragioni di ciò sono di assai facile intuizione. Se infatti è vero che l'analisi dei caratteri differenziali del diritto va condotta con un metodo storico e in un certo senso sperimentale anzichè con un metodo puramente logico e costruttivo, deve fondarsi cioè su una differenziazione storicamente divenuta del diritto (1), non v'ha dubbio che al compimento di questo divenire non si può giungere se non quando i rapporti, che saranno poi differenziati, si presentano pressochè uguali in quantità ed importanza. Così è che mentre gl'interessi collettivi d'indole puramente amministrativa hanno sempre avuto una qualche parte nel commercio internazionale, essi hanno potuto soltanto in tempi recentissimi differenziarsi, pure nella elaborazione dottrinale, dagl'interessi collettivi d'indole strettamente politica costituenti la base di rapporti internazionali; e ciò appunto perchè soltanto in tempi a noi molto vicini i primi hanno assunto per numero e importanza una dignità pari a quella, onde sono stati sempre rivestiti i secondi. A distogliere poi la scienza dal pensiero di tentare nel suo seno una distinzione, la cui materia era nella vita internazionale scarsa e difettosa, ha senza dubbio contribuito anche l'identità formale di quello che oggi si conviene di chiamare diritto amministrativo internazionale col diritto internazionale pubblico propriamente detto da una parte e col diritto interno dall'altra, essendo ap-

---

(1) Vedi Petrone « Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto », in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XXII, p. 340-368, specialmente a pag. 352 e segg.

punto i trattati e le leggi le fonti del suo nascimento e del suo progresso. Vedremo come questa causa non manchi di esercitare anche ora la sua influenza; possiamo anzi dir subito che ad essa spetta la colpa principale del disaccordo esistente intorno alla delimitazione del campo proprio al diritto amministrativo internazionale, senza la quale quest' ultimo al pari di ogni disciplina giuridica non avrebbe titolo ad un'esistenza autonoma.

Tutto lo svolgimento di questo studio conterrà la dimostrazione frammentaria, ma credo esauriente, dell'avvenuta differenziazione dei rapporti amministrativi da quelli politici nell'ordine internazionale. Qui senza nulla anticipare dei copiosi dati di fatto dimostrativi, che troveranno il loro posto nella parte speciale della trattazione, intendiamo ricercare le ragioni del rapido divenire di tale differenziazione, perchè ci sia poi consentito di procedere con miglior cognizione di causa ad operare sulla base della differenziazione di fatto una differenziazione scientifica, esercitando anzitutto la funzione critica sui risultati acquisiti e giungendo infine per mezzo di un'accurata analisi ad una sistematizzazione, la quale faccia un insieme possibilmente coerente, simmetrico e limpido dei principî sparsi, che *rebus ipsis dictantibus* la pratica ha adottato senza spesso discernere la loro vera natura e portata (1).

La prima e più importante delle cause, che si presentano al nostro pensiero, è quella stessa che ha determinato il moderno progresso dell'idea di comunione internazionale e con questo il progresso di tutte le parti del diritto internazionale in genere. Che cosa sia e da quali elementi risulti l'idea di comunione

---

(1) Il còmpito, che noi ci proponiamo, è ben quello che è determinato dalla funzione specifica della scienza nel campo dei rapporti internazionali, funzione più modesta ma altrettanto importante e certamente più feconda di quella che nel campo stesso attribuiscono alla scienza i suoi più ferventi discepoli. Cfr. su ciò le giuste osservazioni del Pillet « Le droit international: ses éléments costitutifs, son domaine, son objet », in *Rev. gén. de droit intern. public* 1894, pag. 1.

internazionale, che da tutti gli scrittori viene riguardata come postulato fondamentale della nostra scienza, sarebbe certo un'indagine interessantissima, ma anche inutilmente dilungante dal nostro tema speciale. In ogni modo io penso che al disopra e a preferenza di ogni elemento ideale sia necessario porre come suo fondamento un criterio puramente obbiettivo, dedotto dalla osservazione della vita degli Stati nei loro mutui rapporti. Ora questo criterio, in pieno accordo con quanto scrive il Pillet, credo debba trovarsi nella comunanza di funzioni fra gli Stati (1). A noi interessa poco la risoluzione del problema, così discusso ed insuscettibile anche di una soluzione perfetta e generale, riguardante le funzioni dello Stato; ci è sufficiente la constatazione da un lato dell'esistenza di certe funzioni, che risultano effettivamente dal concetto stesso di Stato e che si riscontrano identiche presso tutti i popoli civili, e dall'altro della progrediente estensione ed intensità delle funzioni statuali moderne. L'omogeneità dei doveri assunti dagli Stati verso i loro cittadini e la simultaneità nel loro compimento generano una condizione di fatto, che di necessità si traduce nella creazione e nel riconoscimento di principî giuridici internazionali; e questi aumentano in estensione a misura che si generalizzano presso tutti gli Stati l'esercizio di certe funzioni e la coscienza che gli Stati stessi acquistano di doverle compiere in favore dei propri sudditi così all'estero come all'interno, e crescono d'altra parte in numero a misura che crescono presso i diversi Stati quelle funzioni. Il duplice progresso d'estensione e d'intensità verificatosi appunto nei nostri tempi ha fatto procedere da tutti i lati della vita dello Stato grande frequenza e vivacità di rapporti internazionali; e

---

(1) Pillet, art. cit. pag. 4 e segg. — Il v. Liszt (Das Völkerrecht systematisch dargestellt; Berlin, Haering, 1898, pag. 1-2) ponendo, secondo un concetto assai diffuso fra gli scrittori, la base della comunione internazionale nella comunanza di cultura e d'interessi considera in sostanza una causa più remota e meno tangibile di quello che non sia la comunanza di funzioni, la quale si presenta appunto come un effetto della uniformità della cultura e degli interessi.

poichè la nota dominante in quel progresso consiste nella cura sempre crescente dei più varî interessi e bisogni sociali, così era naturale che la maggior parte dei nuovi rapporti internazionali avesse per oggetto il regolamento di quegl' interessi e di quei bisogni. Così il diritto internazionale del buon tempo antico non solo ha dovuto sotto l'impulso delle nuove manifestazioni della vita estendere largamente le sue categorie tradizionali, ma è stato anche costretto a trasformarsi in gran parte nei propri obbiettivi. E questo fenomeno storicamente coincide coll'introduzione ed il progresso delle costituzioni democratiche, che spostarono le basi della politica internazionale (1).

La grande importanza assunta nell' interno dei diversi Stati civili dall'amministrazione sociale, più che sufficiente per sè a spiegare il sorgere di numerosi rapporti internazionali ad essa relativi, non pare contenga tutta la ragione di un fenomeno, che richiama subito tutta la nostra attenzione. Mentre infatti altre parti del diritto internazionale, che possono vantare la più lontana antichità di origini, hanno avuto nel tempo lentissimi progressi e sono ancora in uno stato molto imperfetto, i nuovi rapporti appena sorti hanno avuto la straordinaria fortuna di destare l'attenzione e le cure dei governi e di ricevere da questi un così pronto regolamento uniforme, che è veramente senza esempi. Prendiamo anzitutto come termine di confronto quella parte del commercio internazionale, che ha per oggetto interessi essenzialmente politici. Quivi si presenta in tutta la sua forza ed estensione quella lotta fra politica e diritto, che rende così difficile e rara la vittoria di quest' ultimo tanto nei rapporti interni che in quelli internazionali. Nella cura degl' interessi strettamente politici pare sia sempre più direttamente impegnato il concetto essenziale della sovranità; sia questa una realtà o un'illusione tradizionale dei governi, è certo che in questo campo gli Stati assai difficilmente s' inducono a com-

(1) Vedi su ciò le giudiziose osservazioni del Ferrari « Il diritto internazionale in rapporto alle costituzioni », in *Archivio giuridico*, vol. LVI, pag. 428-456, specialmente nelle ultime pagine.

piere di fatto o convenzionalmente quei sacrifizi della propria assoluta autonomia, che sono inerenti alla natura stessa del diritto internazionale. Invece il regolamento degl' interessi collettivi d' indole amministrativa rientra decisamente nel campo del diritto; i criterî politici, se non del tutto eliminati, passano certo in seconda linea. Così l'idea di sovranità si presenta più flessibile nel senso di arrivare a quegli accordi, che hanno già una base positiva d' inapprezzabile valore nelle diverse leggi amministrative interne.

Non meno suggestivo è il confronto col diritto internazionale privato, in cui la pratica convenzionale degli Stati ha troppo scarsamente seguìto la tendenza all' uniformità così profonda nella scienza ed è rimasta troppo indietro dei progressi operati nelle singole legislazioni nella seconda metà del secolo scorso. Gli è che il diritto privato risente ancora molto dell' indole, dei costumi, delle tradizioni particolari di ciascun popolo; l'azione livellatrice della scienza e degli studi di legislazione comparata sono ancora ben lungi dal generare quell' uniformità di fatto, che sarebbe la base indispensabile di una unificazione legislativa, la quale dato pure fosse possibile è assai discutibile se sarebbe egualmente desiderabile. Le divergenze, che spesso si manifestano persino nei concetti fondamentali, fra le diverse legislazioni, hanno al tempo stesso l' altra conseguenza di rendere difficile l' accordo sull' adozione uniforme di norme di conflitto. Le difficoltà di quest' accordo son poi aggravate dalla forza di resistenza offerta dalle tradizioni scientifiche e legislative proprie a ciascun paese nel campo del diritto internazionale privato, nel quale si trovano in lotta sistemi diversi e spesso irriducibili. L'azione salutare della scienza e l'intima forza di espansione, onde sono dotati i sistemi che sembrano accogliere in sè maggior dose di verità e di perfezione, possono indurre un legislatore a sancire un nuovo sistema di diritto internazionale privato, come provano esempi luminosi relativi alla dottrina italiana della nazionalità; ma il cambiamento di sistema è senza pari più difficile quando non ha il carattere della spontaneità,

quando cioè il legislatore deve operarlo per obbligo assunto di fronte agli altri Stati.

Ben diversa è la condizione di quei rapporti internazionali d'indole sociale, che hanno avuto un così rapido e fortunato regolamento collettivo. Qui non forza di resistenza offerta dalle tradizioni, trattandosi, nel maggior numero di casi, di rapporti nuovi inducenti problemi, che il diritto internazionale non aveva prima avuto occasione di porsi; qui non sopratutto differenze irriducibili di legislazioni, che ostacolassero l'adozione di regole uniformi. Molte infatti delle leggi amministrative interne, costituenti la base e la materia di accordi internazionali, rappresentano altrettanti regolamenti singoli di interessi e bisogni conformi ed uniformemente sentiti dalle diverse società civili; sicchè su ciascuno di essi, almeno nelle linee fondamentali, han potuto esercitare la propria influenza lo stesso impulso derivante dalle necessità sociali e la stessa corrente di idee scientifiche, il cui carattere di progrediente internazionalità non ha bisogno d'illustrazione. In varî casi poi la quasi uniformità delle singole leggi deriva dal fatto di trovarsi regolata da ciascuno di esse nel territorio di ciascuno Stato l'applicazione di nuove invenzioni d'ordine tecnico generalizzate dovunque, appena sorte, per effetto della grande diffusione acquistata oggidì dal progresso umano.

Adunque la base giuridica particolarista dei singoli Stati non era nel campo dei rapporti amministrativi internazionali di ostacolo all'accordo degli Stati, anzi spesso essa stessa pareva fornire argomenti atti a favorire tale accordo. A questo poi spingeva talora una vera e propria necessità. Avveniva infatti che l'estensione dei doveri assunti dallo Stato verso i cittadini fosse concepita in modo da obbligare lo Stato stesso ad esercitare la propria azione all'infuori dei limiti del territorio o per lo meno ad assicurare ai cittadini all'estero il cómpimento degli stessi servigi resi nel territorio nazionale; in altri termini qualche volta il servizio reso dallo Stato non poteva considerarsi come compiuto se non ne era assicurata la prosecuzione anche nei territori stranieri, qualche altra volta l'assicurazione di certi servigi ai propri cittadini all'estero era una conseguenza

diretta della maggiore coscienza acquistata dallo Stato dell'estensione e dalla vera portata delle proprie funzioni. Nè mancano ipotesi in cui la necessità dell'accordo è anche più stretta, come quella che deriva dall'impossibilità in cui si trova lo Stato singolo di provvedere a certi interessi, che riguardano collettivamente ed in egual misura tutti i popoli od un gruppo fra essi.

II.

Il rapido aumento verificatosi negli ultimi decenni dei rapporti amministrativi internazionali e il fortunato regolamento da questi avuto ad opera degli Stati danno prova più che sufficiente dell'esistenza di una materia differenziata dal vecchio ceppo delle relazioni internazionali; resta quella che è veramente la parte sostanziale di questo studio, destinato a rintracciare soltanto le nozioni sistematiche, resta cioè a vedere se effettivamente sulla differenziazione storicamente divenuta possa fondarsi una differenziazione scientifica, se i principî che governano la nuova materia possano ritenersi come costituenti un tutto organico e scientificamente autonomo, se ai principî stessi possa assegnarsi un campo d'azione rigorosamente delimitato. Tale compito si presenta tanto più arduo in quanto esso, non del tutto nuovo, non è mai stato oggetto di uno studio completo, che trattasse a fondo la questione in tutti i suoi possibili aspetti e che desse alla scienza dei risultati da considerarsi come acquisiti. Spero di poter dare nel corso di queste pagine la ragione giustificatrice di un'asserzione, che parrebbe suonare aperta sfiducia nell'opera degli alti ingegni che si cimentarono già nell'ardua impresa, con sottintesa presunzione da parte di chi qui scrive; in ogni modo senza premettere un'indagine critica generale delle idee altrui, io mi contenterò di fare a queste richiamo a volta a volta che se ne presenterà l'opportunità nello svolgimento delle idee mie, alle quali io stesso son persuaso non possa attribuirsi se non il valore di un tentativo, che col richiamarne degli altri da altre parti possa contribuire a risolvere un importante problema scientifico.

A me pare di potere stabilire come principio assolutamente fondamentale questo: *quella disciplina giuridica, donde traggono la loro materia originaria i rapporti di diritto amministrativo internazionale, deve sul proprio scheletro plasmare quest'ultimo diritto col sussidio derivante dai generali principi del diritto internazionale; deve quindi ad un tempo segnarne l'estensione ed i confini.* Nell'avere dimenticato di applicare integralmente questo concetto, improntato a me sembra ad una logica rigorosa, sta il massimo degli appunti critici ch'io muovo a quasi tutti gli scrittori, che mi hanno preceduto nello studio dell'argomento. Nè so di tale dimenticanza farmi una ragione: se tutto quello che nei rapporti interni apparterrebbe al diritto privato o al procedurale o al penale, considerato nei rapporti internazionali è di diritto privato o procedurale o penale internazionale, non so vedere perchè non dovrebbero rientrare nel diritto amministrativo internazionale tutti quei rapporti e soltanto quei rapporti, la cui materia prima è data dal diritto amministrativo in genere. Abbandonando anche per poco il nostro principio si perde ogni criterio fisso e con ciò scientifico di competenza, la quale rimane in balía di semplici opinioni non sempre razionali; ai danni poi, sempre gravi anche solo dal punto di vista scientifico, derivanti dalla mancanza di certezza, altri se ne aggiungono e non meno notevoli nel campo della pratica.

La nozione scientifica del diritto amministrativo e la determinazione dei limiti di sua competenza sono per noi punto di partenza necessario per determinare la nozione scientifica e i limiti di competenza del diritto amministrativo internazionale. La cosa è altrettanto importante che delicata. Non v'ha dubbio che noi dobbiamo prendere i concetti generali e il materiale scientifico, su cui appoggiare le nostre speciali deduzioni, così come essi vengono elaborati dal diritto amministrativo senza procedere ad un'opera di revisione, per la quale saremmo del tutto incompetenti: non diversamente la teoria dei conflitti di leggi procede senza nuova elaborazione dagl'istituti esistenti nel diritto interno per fissare le sue norme. Ma come nel diritto internazionale privato il sistema subisce l'azione delle varie teo-

rie e costruzioni giuridiche dominanti nel diritto interno, così tutto quanto l'organismo del diritto amministrativo internazionale risente necessariamente l'influenza del sistema di diritto amministrativo generale, che si pone a suo fondamento. Ciò deve renderci in sommo grado guardinghi e deve darci la preoccupazione di cogliere le linee essenziali generalissime del diritto amministrativo per trasmetterle convenientemente adattate al diritto amministrativo internazionale, lasciando che nelle specializzazioni nazionali questo assuma quei particolari aspetti, i quali sono un derivato dei singoli organismi amministrativi nazionali sia in ordine alla scienza che alla legislazione. Per rendere più sensibile l'idea, direi che la teoria generale del diritto amministrativo fornisce a quello internazionale i concetti fondamentali, mentre la teoria speciale ad un dato paese gli dà a prestito le intestazioni dei suoi singoli capitoli.

Dalle numerose definizioni, che nei diversi paesi e secondo le diverse scuole si danno del diritto amministrativo, sembra si possano con sicurezza trarre questi due concetti intorno agli elementi essenziali della sua costituzione: vi sono cioè « due grandi ordini di relazioni, che ai fini dell'amministrazione pubblica si stabiliscono fra lo Stato e i subietti incaricati di adempiere alle funzioni di esso da un lato, fra lo Stato e i cittadini dall'altro lato. Ora queste relazioni sono regolate da un insieme di norme di diritto obbiettivo, organicamente connesse, lo studio delle quali ridotto a sistema costituisce per l'appunto la scienza del diritto amministrativo ». Il Longo, dal quale tolgo in prestito queste parole, mostra chiaramente come l'idea in esse espressa sia sostanzialmente costante così nella definizione data dagli scrittori francesi, che in quella generalmente adottata dalla scuola tedesca, e possa ravvisarsi contenuta anche nella nozione più rigorosa e che tende a diventare dominante, per la quale il diritto amministrativo è la teoria giuridica dell'attività dello Stato diretta al conseguimento dei fini di esso (1); poichè anche sotto

(1) Tale è per esempio la definizione, che del diritto amministrativo dà l'Orlando nei suoi « Principî di diritto amministrativo », 2ª ediz. Firenze, Barbèra 1892, pag. 17.

quest'ultima forma non rimane escluso quello dei due obbietti essenziali del diritto amministrativo, che consiste nei rapporti che per l'attuazione dei fini dello Stato si stabiliscono fra l'amministrazione dello Stato e i cittadini (1).

In corrispondenza ai concetti accennati noi potremo riscontrare nella vita internazionale l'esistenza di due grandi ordini di relazioni, che ai fini dell'amministrazione pubblica si stabiliscono o fra lo Stato e uno o più Stati stranieri o fra lo Stato e individui stranieri, e da ciò trarre la definizione seguente: *il diritto amministrativo internazionale è il sistema dei principî giuridici, i quali regolano i rapporti, che ai fini dell'amministrazione pubblica si stabiliscono o fra lo Stato e uno o più Stati stranieri o fra lo Stato e individui stranieri.* Analizziamo i due elementi di questa definizione cominciando dal secondo, che presenta maggiore possibilità di dubbi e di discussioni.

Osserviamo anzitutto in linea generale, che fra i due aspetti, sotto cui si presenta il diritto amministrativo internazionale, esiste una differenza formale in quanto i rapporti fra amministrazioni di Stati diversi sono sempre regolati da convenzioni, mentre quelli fra l'amministrazione di uno Stato e gli stranieri normalmente da leggi interne. L'essere la legge la fonte normale dei diritti, di cui gode lo straniero di fronte alla pubblica amministrazione di uno Stato, potrebbe forse ingenerare il dubbio che essi debbano farsi rientrare nel campo del diritto interno anzichè in quello del diritto internazionale; senonchè ci parrebbe inutile perfino il tentativo di eliminare tale dubbio, contro cui sorgono vittoriosamente gli argomenti che hanno ormai valso a porre su base incrollabile il carattere giuridico internazionale del diritto internazionale privato. L'identità formale di quest'ultimo col diritto privato interno cela differenze sostanziali tanto gravi quanto sono quelle, che intercedono fra la parte del diritto amministrativo interno che com-

---

(1) Longo « La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano », pag. 243-5 (*Archivio di diritto pubbico*, anno I, vol. I, pagg. 161-176, 241-274, 321 352).

prende i rapporti fra lo Stato e i cittadini, e la parte del diritto amministrativo internazionale, che si riferisce ai rapporti fra lo Stato e gli stranieri. In quest'ultima l'autorità legislativa non è priva di vincoli; questi esistono anzi vigorosi come derivato spontaneo di quella comunione internazionale, che accanto e forse al disopra del principio dell'indipendenza degli Stati pone quello della interdipendenza come base scientifica e pratica ad un tempo di tutto quanto l'organismo giuridico internazionale. La suggestiva definizione che il Pillet dava della teoria dei conflitti di leggi, chiamandola la scienza dei sacrifizi (1), potrebbe con egual fondamento applicarsi ad ogni parte del diritto internazionale e sopratutto al diritto amministrativo internazionale prevalentemente fondato sulle convenzioni. Ma anche quando nell'ordine di rapporti, che noi intendiamo studiare, non sono fissati convenzionalmente i limiti dell'assoluta indipendenza degli Stati e delle concessioni, che essi fanno a profitto della comunità, esistono pur sempre dei principî direttivi superiori alle leggi particolari degli Stati. Trattando assai bene dei limiti imposti allo Stato nel trattamento degli stranieri il Thomas nota che si deve in proposito salvaguardare l'esistenza del commercio internazionale e rispettare la distinzione delle nazioni: il primo termine di questa proposizione, imponendo agli Stati certi obblighi, fissa un minimo di concessioni, al disotto del quale essi non potrebbero stare senza disconoscere i principî della comunità internazionale; il secondo termine, facendo loro certe proibizioni, segna il punto estremo, oltre il quale non possono andare senza attentare al principio di uguaglianza degli altri Stati (2).

La mancanza attuale di un accordo diplomatico collettivo sulle condizioni d'ammissione degli stranieri, da cui discenderebbe la garanzia collettiva di certi diritti dell'individuo, nulla

---

(1) Pillet « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », nel *Journal du droit international privé*, 1894, pagg. 434 e 712.

(2) Thomas « La condition des étrangers et le droit international » nella *Revue générale de droit international public*, 1897, pagg. 620-645.

toglie di essenziale all'obbligo, che l'esistenza stessa della comunità internazionale impone ai singoli Stati di rispettare quei diritti (1) e di stabilire fra di loro una specie di compensazione di fatto fra servizi resi e ricevuti (2). È così che anche all'infuori di ogni stipulazione convenzionale uno Stato ha il diritto di reclamare contro i danni derivanti ai propri cittadini dal disconoscimento di diritto, che è il prodotto di una cattiva legislazione straniera; il principio della socialità deve vincerla sul principio dell'indipendenza legislativa in conseguenza appunto del carattere proprio dei rapporti che qui studiamo. Un tale diritto di reclamo spetterebbe per esempio all'Italia di fronte alla Germania e alla Francia per l'ingiusto trattamento fatto dalle leggi di questi

---

(1) S'intende che all'infuori di una stipulazione convenzionale l'obbligo non ha carattere positivo. Ma sia che esso si realizzi per semplice volontà del legislatore o mediante un trattato, non mi pare che scientificamente parlando si possa dire seguendo il concetto del Fusinato (« Di una parte alquanto trascurata del diritto internazionale e della sua organizzazione scientifica e sistematica » nel volume pubblicato per il 35° anno d'insegnamento di F. Serafini), che esso appartenga per il suo contenuto al diritto interno e non rientri nell'ordine internazionale se non per ciò che uno degli elementi di fatto d'onde nasce la relazione giuridica si riferisce all'estero; giacchè il contenuto internazionale, qualunque sia la forma in cui il rapporto si esplica, mi pare risulti chiaramente determinato dai criteri superiori ai quali s'inspira e che essendo appunto di diritto internazionale e non di diritto interno pongono alla volontà dello Stato dei limiti che sono all'infuori della sua assoluta autonomia.

(2) Il Tchernoff in un articolo, che è tutto una bellissima dimostrazione del carattere internazionale dei rapporti da noi esaminati, osserva giustamente che il primo aspetto sotto cui si presenta la cooperazione degli Stati moderni consiste appunto nel prestito, che uno Stato fa all'altro del servizio della sua organizzazione sociale collo scopo di provvedere ai diritti individuali degli stranieri; così il sovrano locale prendendo a suo carico la cura di soddisfare a certi bisogni provati da tutti gli abitanti del suo territorio toglie al sovrano straniero una preoccupazione riguardo ad assicurare al nazionale stabilito all'estero una certa organizzazione di cui non potrebbe fare a meno. Vedi: « Du nouveau rôle de l'assistance internationale et du droit de séjour des étrangers » in *Revue du droit public et de la science politique*, vol. XII (1899), pagg. 86-129.

paesi agli operai italiani colpiti da infortunio sul lavoro. In Italia la legge sugli infortuni del 17 marzo 1898 giova a tutti quanti gli operai senza distinzione di nazionalità. Tale principio liberale ed umanitario non fu accolto dalla legge tedesca del 6 luglio 1884, la quale stabilì che la famiglia di un operaio straniero morto sul lavoro, la quale al momento di un infortunio non si trovasse nell'impero, non avrebbe avuto diritto ad alcuna indennità; che parimenti non avrebbe avuto diritto a pensione l'operaio straniero reso permanentemente inabile al lavoro, il quale non avesse dimora in Germania; e che le società assicuratrici avrebbero avuto facoltà di tacitare in modo definitivo l'operaio straniero che abbandonasse l'impero col corrispondergli invece della rendita a vita per una volta tanto un capitale uguale a tre annualità della pensione (1). Queste disposizioni si trovano riprodotte nelle leggi in data 30 giugno 1900 sulle assicurazioni contro gl'infortuni industriali, agricoli e marittimi. Le stesse poi hanno vigore anche in Francia per effetto della legge 9 aprile 1898 sugl'infortuni del lavoro.

Senza fare di queste norme una critica, che ci obbligherebbe ad entrare nella parte speciale del nostro tema, noi troviamo facile argomento per associarci alle proteste sorte da varie parti per la loro applicazione (2). È chiarissimo infatti il loro carattere profondamente anti-giuridico di fronte al concetto del rischio professionale posto dal legislatore a carico dell'industria: l'uguaglianza degli operai senza distinzione di nazionalità dipende in modo invincibile dall'uguaglianza di fatto in cui tutti si trovano di fronte al lavoro. Non si tratta di ragioni di umanità, ma della più stretta giustizia. È infatti evidente come nella pratica quelle norme arrivino nella gran generalità

---

(1) Sul modo, con cui la legge citata funzionava in rapporto all'emigrazione italiana, vedi il rapporto del console italiano di Dresda pubblicato nel *Bollettino del ministero degli affari esteri*, agosto-settembre 1896, pag. 52-56.

(2) Vedi per esempio il notevole articolo pubblicato dal giornale *La Stampa* di Torino nel n. 362 del 1900.

dei casi ad una esclusione degli operai stranieri dai beneficî concessi dalla legge, verificandosi il più delle volte che gli operai che recansi a lavorare all'estero, specialmente gli operai italiani, lascino la famiglia in patria, ed essendo ben difficile che un operaio reso più o meno invalido continui a risiedere in paese straniero lungi dalla famiglia. Forte di queste ed altre non meno giuste considerazioni in linea di diritto e di equità pare effettivamente che il governo italiano abbia iniziato con quelli di Germania e di Francia delle pratiche amichevoli, il cui esito, speriamo favorevole, sarà pubblicamente noto quando il Ministro degli affari esteri risponderà all'analoga interrogazione testè indirizzatagli dall'onorevole Luzzatti.

È osservabile che la competenza del diritto internazionale nello studiare e ridurre a sistema la materia di cui parliamo non è seriamente contrastata dalla scienza del diritto amministrativo interno. Certo non esiste in quest' ultima quella specializzazione, che induce ora i cultori del diritto privato a prescindere affatto dal trattare quanto costituisce oggetto del diritto internazionale privato; anzi gli scrittori di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione parlano sempre, quantunque in diversa misura, della condizione degli stranieri, ma la loro trattazione in proposito è del tutto incompleta e frammentaria e mostra l'evidente difetto di principî atti ad illuminare e a dare organicità a tutta la materia. L'affermazione, contenuta in convenzioni consolari o di stabilimento, dei diritti individuali concessi agli stranieri non trova in essi dei commentatori, non solo perchè la loro competenza sembra esclusa dal punto di vista formale, ma anche perchè effettivamente quei diritti sono basati su concetti intorno all'ammissione e al trattamento degli stranieri, che sono e sono stati sempre ritenuti come un'appartenenza del diritto internazionale. Anche all'infuori di quanto è convenzionalmente stipulato, lo stesso si verifica per ciò che riguarda la speciale polizia degli stranieri, nella quale quegli scrittori sostituiscono la menzione delle norme legislative dei propri paesi alla costruzione giuridica dei singoli istituti, le cui linee fondamentali non si possono trovare

che nel diritto internazionale (1). In non diversa condizione di cose ci s'imbatte, quando si voglia fare un esame delle teorie generali sui diritti subbiettivi individuali in rapporto alla pubblica amministrazione: constatata l'uniforme opinione negativa intorno alla prima grande categoria di tali diritti, cioè intorno ai diritti politici, si riscontra la più grande incertezza di criteri intorno alla seconda categoria cioè intorno ai diritti pubblici subbiettivi o diritti amministrativi che dir si vogliano (2). Que-

---

(1) Vedi per esempio il SEYDEL « Polizia di sicurezza » (*Biblioteca dell'Economista*, serie III, vol. 15°), ove non si parla affatto dell'espulsione ed esistono soltanto brevi cenni storici e comparativi intorno ai passaporti (pag. 389-390). Cfr. anche l'accenno fatto dell'ORLANDO, op. cit., pag. 245, riguardo all'espulsione.

(2) Il LONGO per esempio (op. cit. pag. 347) dice, che « come il diritto pubblico obbiettivo si intende limitato ai rapporti interni dello Stato, così i diritti pubblici subiettivi non possono riferirsi che agli individui, i quali dello Stato fanno parte. Così adunque lo straniero si può dire che *di regola* non possa venire ammesso all'esercizio di un diritto pubblico subiettivo; eccezionalmente però in quegli Stati che, come il nostro, ammettano gli stranieri ad una perfetta uguaglianza nei diritti civili, vengono altresì loro estese quelle garanzie che in difesa di questi diritti possono ai nazionali competere contro l'atto della pubblica amministrazione ». Come si vede si tratta di un'affermazione vaga ed isolata, di cui l'autore stesso tralascia di saggiare mediante speciali applicazioni il valore pratico. — Il ROMANO (« La teoria dei diritti pubblici subbiettivi », pagg. 64-65 dell'estratto dal *Completo trattato di diritto amministrativo italiano* di V. E. Orlando, vol. I) parte anch'egli dal concetto che il diritto civico, prestazione dello Stato ai suoi sudditi, richiede come condizione indispensabile, come suo fondamentale presupposto l'appartenenza allo Stato medesimo, ma dichiara poi di sorvolare sulla questione se e di quali diritti pubblici possa godere il *subditus temporarius*, limitandosi « ad affermare *dommaticamente* che troppo spesso e con troppa leggerezza viene ripetuta la proposizione che allo straniero non possano e non debbano accordarsi se non i diritti civili intendendo per questi i privati, non mai i politici, sotto il qual nome s'intendono designare con inesatta terminologia tutti quanti i diritti pubblici ». Passando poi in rassegna le diverse categorie di diritti pubblici subbiettivi da lui stabilite, lo stesso autore altrettanto *dommaticamente* afferma che agli stranieri non possono negarsi i diritti

sta incertezza, che si ripercuote necessariamente nei varî e laconici accenni che vengono fatti alla condizione degli stranieri nelle singole trattazioni dei diversi diritti, ha per causa massima la mancanza d'ispirazione nell'idea di comunità internazionale e per correlativo l'assoluta insufficienza in materia della pura nozione di Stato. Se ne può avere una riprova nel comune modo d'intendere e di sviluppare il contenuto della scienza dell'amministrazione. È certo che questo, secondo il concetto della scuola tedesca svolto ed introdotto in Italia dal Ferraris (1), comprende numerosi argomenti, che hanno rapporto coll'ordine internazionale; basta pensare alla materia contenuta nei suoi tre grandi capitoli (sviluppo economico della società, stato e movimento della popolazione, sviluppo intellettuale della società) e che sarebbe di per sè atta a determinare la quasi integrale costituzione del diritto internazionale amministrativo. Si prenda

---

di libertà, i diritti civici e i diritti pubblici patrimoniali. — Senza fermarmi su altri scrittori, che espressero la loro opinione con altrettanta indeterminatezza e sempre incidentalmente, noto infine il razionale sistema recentemente espresso dal Soro-Delitala soltanto però in rapporto ai diritti civici (« La teoria dei diritti civici e il diritto amministrativo italiano » nel *Filangieri* 1900, pagg. 641-660 e 738-750). Questo scrittore ritiene che la cittadinanza non sia condizione indispensabile per l'esistenza dei diritti civici, perchè una volta che gli stranieri acquistano degli obblighi verso lo Stato nel quale dimorano e devono obbedienza a certe sue leggi, è giusto che essi fruiscano anche dei benefizi e dei diritti concessi ai cittadini. I diritti civici, sebbene siano una specie dei diritti pubblici subbiettivi, sono assai più affini ai diritti civili che a quelli politici; e ciò vale come predisposizione per accordarli in massima anche agli stranieri. La concessione tuttavia non può essere generale; e l'autore in proposito procede alla distinzione fra diritti civici generali, dei quali godono anche gli stranieri, e diritti civici speciali riservati ai soli cittadini. Qui osservo soltanto che alla giustezza del criterio differenziale non sempre a mio avviso corrisponde la razionalità dell'assegnazione dei diversi diritti all'una o all'altra categoria.

(1) Del Ferraris vedi specialmente « La scienza dell'amministrazione: oggetto, limiti ed ufficio » nei *Saggi di scienza dell'amministrazione e di Economia politica*, 1879, pag. 20 e segg.

per esempio lo svolgimento che ne ha dato il Wautrain-Cavagnari (1), e si vedrà che o gli argomenti suscettibili di esplicazione internazionale, come l'emigrazione, vengono trattati soltanto dal punto di vista dell' amministrazione interna o dei semplici accenni di fatto in ordine ai rapporti internazionali sono posti soltanto come complemento di trattazione. Nè ciò torna affatto a censura verso l'autore, mentre è indice sicuro della cosciente incompetenza della scienza dell' amministrazione nell' addentrarsi e nel sistematizzare i rapporti internazionali amministrativi; e neppure l'esempio addotto, per lo svolgimento elementare della materia, potrebbe dirsi mancante di forza dimostrativa, perchè lo stesso fenomeno si riscontra anche in speciali studi monografici. Prendo come prova, fra le numerosissime che potrebbero addursi, il libro del Löning sull' *Assistenza pubblica* (2), la cui diffusa trattazione contiene soltanto a proposito della legislazione comparata un accenno alla condizione di fatto, nella quale si trovano gl' indigenti stranieri nei diversi paesi, senza neppure un tentativo di dare a quella condizione un' unità organica e una derivazione razionale, ricollegandola in qualche modo colle diverse teorie esistenti intorno al concetto di pubblica assistenza.

Inoltre, poichè il concetto generalmente adottato di scienza dell' amministrazione comprende soltanto i principî generali che dirigono lo Stato nella sua azione sociale *interna* (3), si ha tutta una serie di rapporti derivanti dall'azione sociale esercitata dallo Stato nei riguardi dei suoi sudditi dimoranti all' estero, per cui si può dire esiste un conflitto negativo di competenza fra diritto interno e diritto internazionale in genere, conflitto che non può

---

(1) Wautrain-Cavagnari « Elementi di scienza dell' amministrazione » 2ª ediz., Firenze, Barbèra, 1894.

(2) *Biblioteca dell' Economista*, serie III, vol. 15°, pag. 563-848.

(3) Oltre gli autori citati vedi il Meyer « Concetti fondamentali, essenza e còmpito della scienza dell' amministrazione » nella *Biblioteca dell' Economista*, serie III, vol. 15°, pag. 28.

essere risoluto se non a favore del diritto internazionale amministrativo. Nè mi pare che un argomento contrario alla mia constatazione di fatto possa trarsi da quanto generalmente si pratica in Germania. Quivi per esempio il Laband trattando dell'amministrazione dell'impero parla anche, ed anzi in prima linea, dell'amministrazione degli affari esteri (1); ma la sua opera, conforme nell'estensione del contenuto a molte altre di scrittori tedeschi, comprende tutto lo svolgimento del diritto pubblico generale dell'impero ed è quindi ben diversa dai nostri trattati di diritto amministrativo o di scienza dell'amministrazione. Vedremo del resto come non tutta l'amministrazione degli affari esteri, che secondo il Laband stesso si concreta nell'intero organismo del diritto diplomatico e consolare, abbia titolo a far parte del diritto internazionale amministrativo, al quale appartengono soltanto quelle funzioni consolari, che rappresentano altrettante forme dell'attività sociale di uno Stato in rapporto ai propri cittadini residenti all'estero. Accanto poi a quest'azione sociale ufficialmente esercitata dallo Stato havvene un'altra notevolissima, che liberamente esercitano i suoi cittadini in territorio straniero e che si manifesta sopratutto colle numerosissime e svariate forme di associazioni, in alcuna delle quali può riscontrarsi una decisa e altamente manifestata volontà dei soci di vivere in modo completamente indipendente dalle autorità della madre patria (2). Un esame degli scopi, a cui tali associazioni sono destinate, mostra come assai spesso esse rappresen-

---

(1) Laband « Staatsrecht des deutschen Reiches » Tübingen, Laupp, 1878, vol. II, pag. 239-284.

(2) Nell'aprile 1898 il nostro Ministero degli affari esteri pubblicò in un grosso fascicolo di 109 pagine l'elenco statistico delle *Società italiane all'estero*, le quali risultarono complessivamente in numero di 1179 con 199,626 soci e con un capitale totale di lire 18.716.092,88. Basta poi anche semplicemente sfogliare il nostro *Bollettino del Ministero degli affari esteri* per avere una riprova dell'importanza somma, già indicata da quelle cifre, dell'azione sociale esercitata da tali collettività nel seno delle nostre colonie.

tino un sostitutivo dovuto ad iniziativa privata di funzioni che in patria sono compite dallo Stato; e poichè tali funzioni non possono essere o di fatto non sono compite dallo Stato all'estero e al tempo stesso non rientrano nel novero di quelle compite dallo Stato territoriale o se vi rientrano sono assai imperfette oppure gli stranieri non sono ammessi a goderne, così quelle associazioni rappresentano veramente una felice integrazione della condizione, in cui gli stranieri si trovano di fronte ai varî rami della pubblica amministrazione territoriale (2). Lo studio

(1) Gli esempi dimostrativi di quanto è affermato nel testo sono così numerosi che non può esservi se non l'imbarazzo della scelta. Il più luminoso è forse quello degli ospedali italiani creati dalle nostre colonie all'estero e ispirati a un bisogno, che il nostro Stato non può soddisfare verso i propri cittadini espatriati, e che gli altri Stati in generale non si sentono obbligati di soddisfare verso gli stranieri. Del resto che anche in Italia gl'istituti di beneficenza stranieri vengano considerati come primi obbligati all'assistenza dei connazionali è chiaramente indicato dall'articolo 112 del regolamento amministrativo sulle istituzioni pubbliche di beneficenza approvato con regio decreto 5 febbraio 1891, n. 99: « Nelle città ove esistono ospedali od istituti destinati a prestar soccorso agli stranieri, le amministrazioni degli ospedali italiani, che abbiano ricoverato degli stranieri ai termini dell'articolo 79 della legge, prima di chiedere al governo il rimborso delle spese di cura ai sensi dell'art. 77 della legge medesima, devono fare per mezzo delle autorità locali le pratiche opportune presso gl'istituti, che per ragione di nazionalità sarebbero obbligati a prestare assistenza e cura ai sudditi esteri indigenti od infermi ». E lo stesso concetto è confermato dal successivo art. 114, per il quale se uno straniero è stato ricoverato in un ospedale italiano, « ove nel luogo stesso o nei dintorni esistano spedali della nazione del malato o che siano destinati alla cura degli stranieri, l'ammalato può esservi trasportato previo accordo col console, quando l'ospedale predetto sia pronto ad accoglierlo e lo stato dell'infermo lo consenta a giudizio del medico curante ». — Altro bellissimo esempio è dato dalle scuole italiane all'estero. Queste, secondo l'attuale ordinamento (regi decreti 23 agosto 1894, numeri 394 e 395), sono governative o sussidiate dal governo; il quale promuovendo in tal modo « la diffusione della lingua e della cultura nazionale, l'educazione e l'istruzione degl'italiani all'estero », esercita di fronte a questi ultimi una funzione sociale, che evidentemente gli Stati stranieri non sarebbero disposti

che io tentai di fare altrove di tutta questa materia vergine, credo sia sufficiente per mostrarne non solo l'importanza, ma anche la legittima appartenenza all'ordine dei rapporti sociali, che rientrano nel diritto internazionale amministrativo (1).

Escluso che il regolamento dei rapporti, che ai fini della pubblica amministrazione sorgono tra lo Stato e gli stranieri, rientri nel campo del diritto pubblico interno, occorre dimostrare che esso fa parte del diritto amministrativo internazionale. La competenza di quest'ultimo viene in proposito contrastata non tanto dal diritto internazionale pubblico, che nelle attuali trattazioni comprende sotto uno o altro degli ordini sistematici tutta la materia del diritto amministrativo, quanto dal diritto internazionale privato, il quale avendo bisogno di preporre allo svolgimento dei diversi conflitti e dei principî atti a risolverli l'enumerazione dei diritti concessi agli stranieri, non si limita generalmente, sì come sarebbe ai suoi fini necessario e sufficiente, ai diritti privati, trattando la condizione degli stranieri anche dal punto di vista del diritto pubblico (2). Questo sistema non mi sembra razionale. Che in un trattato speciale sulla nazionalità si traggano dai concetti di cittadinanza e di estraneità tutte le possibili conseguenze tanto nel campo del diritto privato che in quello del diritto pubblico, così come ha fatto per esempio il Rouard de Card (3), niente di più naturale; che in un trattato generale di diritto internazionale pub-

---

a compiere almeno con quelle modalità, che corrispondono al diretto interesse dell'Italia. Ma le ristrettezze finanziarie limitano necessariamente (ed anche di fatto troppo più di quanto non converrebbe) la benefica azione del governo; di qui la libera iniziativa dei privati.

(1) Vedi il mio articolo « Le colonie straniere e le associazioni a cui esse danno origine », nell'*Archivio giuridico*, vol. LV, fasc. 3°.

(2) Così per esempio il von Bar « Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts », § 95-103; e il Weiss « Traité théorique et pratique de droit international privé » vol. II, pag. 84-144.

(3) Rouard de Card « La nationalité francaise », Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1893.

blico parlandosi dei diritti internazionali dell'uomo (1) o della condizione giuridica degl'individui nei rapporti internazionali (2) o del diritto d'indipendenza degli Stati per quello che concerne la popolazione (3) si accenni anche ai diritti privati degli stranieri, può essere la semplice affermazione, pienamente giustificata dal punto di vista dottrinale, che il diritto privato vive sotto la salvaguardia del diritto pubblico; ma che lo studio dei rapporti internazionali specializzato ai conflitti di leggi ecceda nell'esame della condizione giuridica degli stranieri, la quale è per esso soltanto una questione preliminare, i confini segnati al diritto privato, è cosa che non può avvenire senza dannosa intrusione di elementi estranei. Al diritto internazionale privato interessa soltanto di sapere se e di quali diritti civili godano gli stranieri per vedere poi da qual legge essi debbano venire regolati; tutti gli altri diritti non potendo avere un seguito nello svolgimento delle sue teorie escono completamente dalla sua competenza, come sconfinano dai limiti di una questione preliminare. L'eccesso di competenza, sufficientemente stabilito dalla natura stessa del materiale giuridico elaborato dal diritto internazionale privato si palesa nella pratica fecondo delle più gravi conseguenze derivanti dalla confusione dei criterî direttivi. Non è infatti sufficiente nello studio d'insieme della condizione giuridica degli stranieri distinguere la parte che si riferisce al diritto privato da quella che tocca il diritto pubblico; occorre anche nettamente rilevare come tale distinzione di materia abbia per necessario correlativo una distinzione di principî fondamentali. La scienza ha ormai saldamente fissato la

---

(1) Fiore « Trattato di diritto internazionale pubblico » 2ª edizione, vol. I, pag. 508-537; Idem « Il diritto internazionale codificato » 3ª edizione (1900) pag. 35, 40-41, 45-49, 109-110, 115-116, 262-276; Bonfils, « Manuel de droit international public » deut. édit. par Fauchille, Paris, Rousseau 1898, pag. 193 e segg.

(2) Ullmann, « Völkerrecht », Freiburg, Mohr, 1898, §§ 96-103.

(3) Rivier, « Principes du droit des gens » Paris, Rousseau, 1896, vol. I, pag. 303-314.

massima che il godimento dei diritti civili deve essere in complesso accordato agli stranieri e le legislazioni dei popoli civili adottando in generale tale massima non vi apportano che delle limitazioni eccezionali tassativamente fissate. L'accordo esiste pure, in senso naturalmente negativo, per i diritti politici; ma quanto ai diritti pubblici la scienza dopo avere stabilito dei criterî generalissimi deve procedere ad un lavoro di analisi particolare per ciascun diritto, alla quale sono del tutto estranee le idee di regola e di eccezione, mentre la pratica si trova costretta a seguire la scienza nelle sue particolari deduzioni, quando non trova nella legge relativa al diritto in questione una chiara indicazione della volontà del legislatore. Così dopo avere esaurito il còmpito preliminare di assegnare un dato diritto alla categoria dei diritti privati o a quella dei diritti pubblici, resta da compiere un'indagine completamente diversa, sia per l'ambito legislativo, entro cui cercare gli elementi positivi della soluzione finale, sia per i criterî generali che in ogni caso devono condurre a quest'ultima.

Prendiamo per un momento l'esempio dell'Italia. Quivi ogni questione intorno al godimento di un diritto privato da parte di uno straniero deve essere riportata al principio generale contenuto nell'articolo 3 Cod. civ., il quale cesserà di essere applicabile soltanto quando esista una speciale disposizione di legge, che neghi o modifichi il godimento di quel dato diritto. Ma per la grande estensione ed intensità acquistata dalla vita internazionale moderna e per il progressivo aumento delle funzioni esercitate dal nostro Stato al pari degli altri Stati civili, la norma dell'art. 3 Cod. civ. concernente l'ammissione degli stranieri al godimento dei diritti civili non esaurisce certo il regolamento della complessa condizione giuridica degli stranieri in Italia. Per tutti gli altri diritti non compresi nel novero dei diritti civili il nostro legislatore non ha dato nè poteva dare una regola così generale e sintetica come quella contenuta nel citato articolo 3; in ogni caso il luogo non avrebbe potuto essere un codice di diritto privato. Per le leggi d'ordine amministrativo rivestite dello speciale carattere, di cui parlano gli

articoli 11 e 12 del titolo preliminare al Codice civile, può farsi applicazione appunto delle disposizioni contenute in tali articoli e comprese fra le norme generali sul diritto obbiettivo; ma di regola per conoscere la condizione degli stranieri in Italia di fronte alla pubblica amministrazione occorre vedere le speciali disposizioni date in ciascuna legge amministrativa e nelle diverse convenzioni, le quali o dispongono su un solo argomento o sono generali e allora, mentre di regola accennano complessivamente ai diritti civili attribuiti per reciprocità ai cittadini delle due Parti contraenti, procedono sempre per enumerazione riguardo ai diritti pubblici (1).

Riassumendo le nostre conclusioni diremo, che la condizione degli stranieri nel diritto pubblico è tanto per gli elementi formali che per quelli sostanziali completamente diversa dalla condizione degli stranieri nel diritto privato e che però la prima deve essere completamente staccata dal sistema di diritto internazionale privato, in cui si comprende in via preliminare la seconda, per trovare il suo posto adeguato nel primo grande capitolo del diritto amministrativo internazionale. Se in ciò è per converso implicito che la condizione degli stranieri di fronte al diritto privato non può far parte del diritto amministrativo internazionale, sono appena da discutere le ragioni dell'esclusione dal campo di quest'ultimo del regolamento dei diritti civili attribuiti agli stranieri, ossia di tutto quanto il diritto internazionale privato. Occorre tuttavia che io mi fermi alquanto su questo punto per combattere la contraria opinione emessa da uno dei più autorevoli scrittori moderni.

---

(1) Vedi per esempio nel trattato di commercio e di navigazione concluso col Messico il 16 aprile 1890 e reso da noi esecutivo con legge del 31 agosto 1891, numero 543, (*Gazzetta ufficiale,* 19 settembre 1891) la dettagliata e lunghissima enumerazione dei diritti pubblici reciprocamente concessi ai cittadini delle due Parti contraenti, mentre il solo articolo 8 contiene le norme riguardanti il godimento dei diritti privati.

III.

Il de Martens, il cui trattato di diritto internazionale trae la sua nota originale sopratutto dalla costruzione scientifica data al diritto internazionale amministrativo, assegna a quest'ultimo un'estensione nella quale non possiamo in alcun modo convenire (1). Secondo lui l'amministrazione internazionale ha per oggetto l'insieme di tutte le misure amministrative o giuridiche, la cui sfera si estende al di là delle frontiere ed è quindi ben più vasta dell'amministrazione interna, con cui pure è stretta da intimi legami; essa ha per iscopo di soddisfare gl'interessi essenziali degli Stati nei limiti tracciati dal diritto internazionale e può esercitare la sua azione in tre direzioni differenti secondo che si tratta: 1.° d'interessi puramente politici; 2.° d'interessi intellettuali, materiali ed economici, di affari civili fra sudditi di diversi paesi e della tutela dell'ordine giuridico; 3.° di misure di coercizione internazionale intese a salvaguardare dei diritti ed a reintegrarli, quando sono stati lesi. Così tutto il diritto internazionale privato e penale rientra nel campo del diritto amministrativo internazionale, la cui trattazione vieppiù si estende comprendendovisi anche lo studio degli organi dell'amministrazione internazionale ossia tutto il diritto diplomatico e consolare. In tal guisa ben poco resta del diritto internazionale che non sia diritto internazionale amministrativo; tutto quanto è, si può dire, nella vita collettiva degli Stati appartiene a quest'ultimo diritto. Ed è questo appunto il più grave difetto della costruzione del de Martens, la quale comprende così multiformi aspetti e materie così diverse e guidate da così diversi principî, che la sua organicità non può che soffrirne. La parola *amministrazione* è presa in un senso così lato da snaturarne affatto il suo significato tecnico, e il contenuto del diritto internazionale amministrativo non è affatto cor-

---

(1) F. de Martens « Traité de droit international ». Trad. Léo; vol. II, p. 3-19.

rispondente alla qualifica di *amministrativo*. Così è perso completamente lo scopo di ridurre a sistema i principî dominanti quei rapporti internazionali, che hanno una base scientifica ben solida, perchè unico è il loro punto di partenza nell'ordine dei rapporti interni.

Le idee del de Martens si combinano in buona parte con quelle dello Stein (1), il quale concepisce il diritto dell'amministrazione internazionale come un'emanazione della vita collettiva degli Stati, ciascuno dei quali limita e completa al tempo stesso l'esercizio della propria interna sovranità nella cosciente cooperazione intesa alla tutela dei comuni interessi. Entrambi gli scrittori ravvisano come contenuto dell'amministrazione internazionale il regolamento positivo di tutti quanti i rapporti della vita d'insieme dei popoli e si accordano quindi nel darvi una immensa estensione. Anzi in questo lo Stein va anche più oltre del de Martens, giacchè dalle prime linee del diritto amministrativo internazionale così come questo ora positivamente si presenta, egli trae argomento per disegnarne i più ampi contorni, quando la più perfetta organizzazione della società degli Stati permetterà d'istituire nel suo seno un'amministrazione grandiosa e così completa nei suoi elementi com'è quella che oggidì esiste nell'interno di ciascuno Stato. Il concetto dei due scrittori è in sostanza una diretta filiazione di quella *teoria della comunità internazionale*, che il Mohl tentò con molta genialità di costruire (2); anzi per la massima parte esso si confonde nelle sue esplicazioni con quella teoria, la quale nel Mohl e in quasi tutti i suoi seguaci non ha una costruzione sistematica atta a ben precisare la diversa indole dei rapporti,

---

(1) v. Stein « Handbuch der Verwaltungslehre », Stuttgart, 1876, pagine 91-97. Dello stesso vedi pure lo studio speciale « Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht » in *Schmoller 's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung* ecc. 1882, pag. 395 e segg.

(2) v. Mohl, « Die Pflege der internationalen Gemeinschaft als Aufgabe des Völkerrechtes » in « *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* », Tübingen, Laupp, 1860, vol. I, pag. 579-636.

nei quali può esercitarsi la cooperazione giuridica degli Stati. E ho detto pensatamente in *quasi* tutti e non *in tutti* i seguaci del Mohl in quanto il nostro Fusinato, costruendo in schema il *diritto della comunità giuridica internazionale* operò nettamente una tripartizione corrispondente ai tre ordini di rapporti di diritto privato, di diritto penale e di diritto amministrativo, facendo così assai opportunamente rilevare, che il diritto internazionale amministrativo non è che una parte del diritto risultante dalla comunità degli Stati e non può quindi confondersi con questo (1).

Una critica particolareggiata degli effetti di questa confusione ci sembra altrettanto facile che superflua. Abbiamo già visto che i rapporti strettamente politici fra Stati si differenziano profondamente da quelli di carattere amministrativo, e che su questa differenza appunto si fonda la separazione della branca giuridica da noi studiata dal diritto internazionale pubblico in senso stretto; possiamo ora aggiungere a maggiore condanna dell'idea del de Martens, che secondo le sue stesse parole (2) si tratta in proposito di politica estera e di scienza diplomatica e non di diritto internazionale e non si capisce quindi come egli abbia potuto invocare la competenza del diritto internazionale amministrativo. Quanto ai mezzi anche violenti diretti alla tutela o alla reintegrazione del diritto, essi appartengono a tutto

---

(1) Fusinato, op. cit. — La confusione fra diritto risultante dalla comunità giuridica internazionale e diritto amministrativo internazionale pare possa rimproverarsi anche al v. Liszt, il quale nell'opera citata (libro III: *Die friedliche Regelung und Verwaltung gemeinsamer Interessen)* comprende nell'amministrazione internazionale anche il regolamento dei comuni interessi politici (pag. 196-199) e ne esclude invece non solo tutti gli organi generali dei rapporti fra Stati cioè gli agenti diplomatici e consolari, compresi invece dal de Martens, ma anche gli organi speciali della *Völkerrechtsgemeinschaft,* come le commissioni fluviali, sanitarie e finanziarie internazionali (libro II, pag. 92-95), e gli uffici delle *völkerrechtlichen Verwaltungsgemeinschaften* (libro II, pag. 95-99).

(2) de Martens, op. e vol. cit., p. 14.

quanto il diritto internazionale e il fatto che essi possono essere posti a servizio del diritto internazionale amministrativo anche nel senso ristretto, nel quale noi lo concepiamo, non determina punto una connessione organica con quest'ultimo maggiore o diversa di quella in cui si trovano colle altre parti del diritto internazionale.

Assai più razionale è l'inclusione dello studio relativo agli organi dell'amministrazione internazionale. Ma qui secondo i nostri criterî occorre fare una distinzione. Gli agenti diplomatici e consolari sono gli organi degli Stati nei loro mutui rapporti, di qualunque carattere siano questi rivestiti; sicchè potrebbesi ripetere qui quello che è stato detto riguardo ai mezzi pacifici e violenti, che gli Stati possono usare per salvaguardare i loro diritti, e cioè che tutto quanto si attiene agli agenti diplomatici e consolari rientra nel complesso organismo del diritto internazionale, non essendovi alcun plausibile motivo per specializzarne lo studio in una parte piuttosto che in un'altra di quell'organismo. Senonchè appunto la molteplicità delle funzioni esercitate dagli organi ufficiali dello Stato nelle relazioni esteriori potrebbe far sorgere il pensiero di classificare quelle funzioni a seconda della natura dei rapporti, a cui esse si riferiscono, per poi riconnettere ciascuna categoria di funzioni a quella parte del diritto internazionale che studia i rapporti relativi. In particolare poichè gli agenti diplomatici sono sopratutto i rappresentanti degli interessi politici, mentre i consoli hanno per missione speciale di promuovere gl'interessi sociali, il diritto diplomatico potrebbe riconnettersi col diritto internazionale pubblico e quello consolare col diritto internazionale amministrativo. Ma non sarebbe un concetto organico, perchè, mentre la parte fondamentale e costitutiva dei consolati appartiene indubbiamente al diritto internazionale pubblico, non tutte le funzioni dei consoli rientrano nel campo dell'amministrazione. Resta tuttavia l'opportunità e si potrebbe anche dire la necessità di studiare l'azione dei consoli nell'amministrazione internazionale. È noto infatti che le funzioni amministrative dei consoli, le quali costituiscono nei paesi europei

la normalità delle loro attribuzioni, altro non sono in sostanza che funzioni sociali, che lo Stato esercita oltre i limiti del suo territorio col consenso dello Stato straniero. In tutti i casi, ai quali esse si riferiscono, i cittadini invece di trovarsi all'estero a contatto colle autorità locali in mille contingenze della loro vita civile si trovano a contatto con una lunga mano della pubblica amministrazione del loro paese, la quale supplisce a quanto l'amministrazione locale non potrebbe compiere verso gli stranieri o compirebbe in modo imperfetto e non in tutto corrispondente agl'interessi degli Stati, a cui gli stranieri stessi appartengono.

Venendo finalmente a considerare il regolamento giuridico dei diritti degli stranieri, non è chi non veda subito quanto radicale sia la differenza fra esso e quello che noi concepiamo come diritto amministrativo internazionale, anche prescindendo da quello che per noi è il punto fondamentale, ossia dal contenuto giuridico che nel primo è di diritto privato e nel secondo di diritto pubblico. Infatti nel diritto amministrativo internazionale per la natura stessa dell'oggetto suo proprio non è neppure concepibile l'indagine, che è invece essenziale nella teoria dei conflitti di leggi, se e in quali casi possa darsi applicazione di leggi straniere; derivi esso da legislazione interna o da trattato o da semplice consuetudine, si tratta sempre ed esclusivamente dell'attribuzione agli stranieri di alcuni diritti pubblici o del godimento di certi vantaggi, di cui godono i cittadini, coll'aggiunta del modo speciale e delle limitazioni, con cui quei diritti e vantaggi possono essere goduti, quando non è stabilita la piena parificazione degli stranieri ai nazionali. Nella parte del diritto internazionale amministrativo, che si riferisce ai rapporti fra le amministrazioni di Stati diversi, può facilmente riscontrarsi l'esistenza di efficacia estraterritoriale concessa ad atti amministrativi e qualche volta anche l'esercizio di talune funzioni amministrative compiute dagli agenti di uno Stato all'infuori dei confini territoriali; ma sarebbe in ogni caso vana la ricerca degli elementi di un conflitto di leggi amministrative, da cui possa sorgere l'applicazione di una legge amministrativa

straniera. Ciò per altro non esclude affatto gl'intimi legami, che esistono fra i due organismi giuridici e che non sono meno notevoli delle loro differenze.

Conviene anzitutto notare, che le disposizioni di diritto privato e quelle di diritto amministrativo assai spesso s'intrecciano in guisa nelle convenzioni da obbligare alla massima cautela nell'assegnar queste ultime al diritto internazionale privato o a quello amministrativo. Qualche volta la prevalenza delle disposizioni in un senso o nell'altro pare l'unico criterio da adottare. Prendiamo alcuni esempi. La convenzione collettiva del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale e l'altra del 9 settembre 1886 per la protezione della proprietà letteraria ed artistica sono in sostanza « il risultato d'un accordo di diritto internazionale privato sulla base del principio della reciprocità; è perciò che di esse, da tal punto di vista, va detto nell'esposizione del diritto internazionale privato, trattando dei conflitti fra le varie leggi in materia di proprietà immateriale » (1). Così giustamente il Fusinato si allontana in proposito dal sistema generalmente seguìto dagli altri scrittori, i quali parlano di quelle convenzioni come di una parte dell'amministrazione internazionale, che è diretta alla tutela dell'individuo nella sua attività economica ed intellettuale. E non si potrebbe sostenere che tale idea sia affatto priva di giustificazione. Lo scopo di ciascuno Stato contraente era quello di assicurare ai propri cittadini nel territorio degli altri il godimento dei diritti di proprietà industriale, letteraria ed artistica e di regolare i diritti stessi. La materia quindi dei due accordi era essenzialmente di diritto privato; ma poichè nelle diverse legislazioni il riconoscimento legale di quei diritti spettanti ai cittadini è generalmente subordinato ad alcune formalità e pratiche amministrative, non bastava di fronte al godimento di quei diritti equiparare stranieri e nazionali, occorreva anche disporre sui mezzi atti ad acquistare titolo legale per il loro esercizio, occorreva cioè che l'art. 2 della Convenzione per la tutela della proprietà indu-

(1) Fusinato, op, cit.

striale aggiungesse la riserva « de l'accomplissement des formalités et conditions imposeés aux nationaux par la législation intérieure de chaque État » e parimenti che l'articolo 2 della Convenzione per la tutela della proprietà letteraria ed artistica prescrivesse, che « la jouissance de ces droits est subordonnée à l'accomplissement des conditions et fomalités prescrites par la législation du pays d'origine de l'oeuvre ». Entrambe queste disposizioni, ponendo la prima in contatto lo straniero colla pubblica amministrazione ed accordando la seconda un'efficacia estraterritoriale ad atti amministrativi, concernono il diritto internazionale amministrativo. Non è tuttavia da pensare, che tali norme isolate abbiano potuto indurre la maggioranza degli scrittori a classificare quelle convenzioni in quest'ultimo ordine di rapporti; il motivo dominante è certamente la creazione determinata dalle accennate convenzioni di uffici amministrativi internazionali. Anticipando per un momento le nostre conclusioni ulteriori possiamo dire senz'altro, che questi uffici rappresentano veramente l'apice dell'amministrazione internazionale; ma se la loro costituzione rientra in ogni caso nel diritto internazionale amministrativo, anche quando loro scopo è quello di rendere più intensa e perfetta colla collettività l'azione degli Stati nella tutela dei diritti privati dei loro cittadini, lo studio particolareggiato di tale azione all'infuori di quel mezzo speciale rientra per necessità nel campo del diritto internazionale privato (1).

---

(1) Circa la protezione internazionale della proprietà industriale conviene notare, che sarebbe completamente da assegnarsi al diritto amministrativo la convenzione per la registrazione internazionale dei marchi di fabbrica e di commercio, firmata a Madrid il 14 aprile 1891 e resa esecutiva in Italia con legge del 19 novembre 1894, n. 578 (*Gazz. uff.* 10 gennaio 1895, n. 8). Ivi infatti il deposito dei marchi nel *bureau* internazionale di Berna, fatto per mezzo dell'amministrazione del paese di origine, è il principio di tutta una serie di norme regolanti i rapporti fra il depositante e le amministrazioni dei diversi Stati contraenti e fra queste ultime reciprocamente e col *bureau* internazionale.

A maggiori dubbi si presta la convenzione internazionale del 14 ottobre 1890 sui trasporti ferroviari, che al pari delle precedenti è collocata dal Fusinato nella trattazione sistematica del diritto internazionale privato convenzionale (1). Riguardo all'ufficio centrale organizzato a Berna potremmo ripetere quanto è stato detto precedentemente; senonchè i dubbi sono qui legittimati dal carattere stesso delle norme contenute nella convenzione. In proposito ha giustamente osservato il Diena, che il regolamento uniforme del trasporto internazionale delle merci per strada ferrata non è un esempio, che possa far nascere soverchie illusioni per l'avvenire riguardo all'unificazione del diritto commerciale, « poichè il contratto di trasporto delle merci per strada ferrata è un contratto di materia speciale in quanto il servizio ferroviario, anche nei paesi dove è compiuto da società private, rappresenta un pubblico servizio e non semplicemente una speculazione commerciale. Ecco perchè i vari governi su questo terreno hanno più facilmente modo d'intendersi e i loro accordi, quando pur mirino al raggiungimento di un fine giuridico, si esplicano sotto qualche aspetto in misure d'ordino amministrativo » (2). Anche a prescindere da queste considerazioni generali e volendo procedere ad un'analisi qualitativa e quantitativa di tutte le norme contenute nella convenzione, si troverebbe certo una prevalenza notevole di quelle aventi carattere amministrativo in guisa da giustificare lo studio completo della convenzione da parte del diritto internazionale amministrativo, senza — ben s'intende — che per questo sia tolto al diritto commerciale di trarne quella parte, che rientra nella sua speciale competenza (3).

---

(1) Fusinato op. cit.

(2) Diena, « Trattato di diritto commerciale internazionale », Firenze, Cammelli 1900, vol. I, p. 3-4.

(3) Sempre in materia di trasporto delle merci in ferrovia, appartiene integralmente al diritto internazionale amministrativo l'accordo internazionale del 16 luglio 1895 addizionale alla Convenzione di Berna del

La convenzione conclusa a Berna il 9 ottobre 1874, che diede origine alla Unione postale universale, è tale per il suo oggetto e per le regole in essa fissate da togliere ogni dubbio sulla sua appartenenza al diritto internazionale amministrativo, nonostante l'esistenza che può riscontrarvisi di talune norme di carattere giuridico privato, come quella che impone all'amministrazione, nel cui territorio si fosse verificata all'infuori dei casi di forza maggiore la perdita di una lettera raccomandata, l'obbligo di corrispondere allo speditore l'indennità di 50 franchi. Onde benissimo il Fusinato, mentre pone la convenzione di Berna del 1874 nel diritto internazionale amministrativo, dice che il diritto internazionale privato deve parlare delle disposizioni relative alla responsabilità civile delle amministrazioni postali (1).

L'intimità dei legami delle due discipline deriva anche dal reciproco scambio di servizî, che esse sono spesso obbligate a prestarsi. Vedasi per esempio la condizione giuridica delle persone morali straniere. Queste, secondo la teoria del Lainé (2) che io ho dichiarato a più riprese di accettare (3), devono riguardarsi sotto una duplice veste, quella cioè della funzione loro propria, per la quale risultando direttamente o indirettamente implicato l'interesse generale e l'ordine pubblico dello Stato che le istituì, le persone morali stesse devono considerarsi come strettamente territoriali; e l'altra dell'uso dei diritti pri-

---

1890 e reso esecutivo in Italia con R. D. 29 dicembre 1895 n. 715 (*Gazz. uff.* 15 dicembre 1895 n. 307). In esso infatti si contengono minuziosissime disposizioni regolamentari intorno al trasporto degli oggetti pericolosi per l'incolumità pubblica e degli oggetti di valore o di facile deterioramento.

(1) Fusinato, op. cit.

(2) Lainé « Des personnes morales en droit international privé » nel *Journal du droit international privé*, 1893, pag. 273.

(3) Vedi il mio studio su « Le colonie straniere e le associazioni a cui esse danno origine » nell'*Archivio giuridico*, vol. LV, fasc. 3, e la mia monografia « Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato », Verona, Drucker, 1897.

vati, che permettono loro di esistere e di compiere la propria funzione. Da quest'ultimo punto di vista le persone giuridiche hanno all'estero la capacità civile indipendentemente da ogni riconoscimento dello Stato, nel quale esse vogliono esercitare i loro diritti privati; dal primo punto di vista invece esse hanno l'obbligo di sottostare al riconoscimento dello Stato, nel cui territorio vogliono esercitare le loro funzioni, essendo lo Stato stesso giudice supremo nel decidere se il fine dell'ente, che è in relazione coll'interesse generale dello Stato istitutore, sia consentaneo pure ai bisogni e alle condizioni peculiari del suo tertorio e dei suoi cittadini. In tale teoria sono nettamente separati i due diversi aspetti, sotto cui si presenta la personalità degli enti collettivi ugualmente che quella degli enti individuali, la personalità cioè di diritto pubblico e la personalità di diritto privato; e il cenno che abbiamo dato del modo, con cui la teoria stessa si svolge, mostra chiaramente come il regolamento del primo aspetto rientri nel diritto internazionale amministrativo e il regolamento del secondo nel diritto internazionale privato. Non diversamente appartengono al diritto internazionale pubblico i rapporti internazionali, in cui lo Stato figura come personalità politica e nel diritto internazionale privato quelli in cui esso figura come personalità civile.

Il riconoscimento dato dal nostro governo a una persona morale straniera equivale ad un atto di naturalizzazione, che attribuisce alla persona morale tutti i diritti civili riconosciuti dalle nostre leggi. In tal caso dunque il riconoscimento è un atto di diritto internazionale amministrativo, da cui seguono numerosi rapporti di diritto puramente interno. Ma possono darsi altre ipotesi, in cui il riconoscimento pur essendo un atto di diritto internazionale amministrativo è, per la diversa funzione cui è destinato, origine di rapporti di diritto internazionale privato. Infatti secondo una teoria, che ha in Italia largo seguito particolarmente nella giurisprudenza, le persone giuridiche straniere non sono ammesse neppure al godimento dei diritti civili senza nuovo riconoscimento da parte del governo territoriale; secondo poi ogni teoria e ogni particolare legislazione, ammessa o no la necessità di

un nuovo riconoscimento, sempre s' intende che la persona giuridica straniera non possa di fatto esercitare certi diritti senza aver prima ottenuta quell'autorizzazione amministrativa, che è richiesta anche per le persone giuridiche nazionali. Ecco quindi come nei rapporti internazionali riguardanti gli enti morali delle questioni d'ordine amministrativo possano essere preliminari a delle questioni d'ordine giuridico privato.

Per converso non è difficile il caso, che la risoluzione uniforme di questioni di diritto internazionale privato sia resa indispensabile dal retto funzionamento dell' amministrazione internazionale. Trascelgo fra gli altri un esempio assai interessante, che mi è suggerito dalla lettura dei lavori compiuti dal Congresso internazionale per la protezione dell' infanzia tenutosi a Bordeaux nel 1895 (1). Quivi l'avvocato Lefort di Ginevra fece notare, che assai spesso le autorità locali si trovano nella impossibilità di prendere delle misure legali in favore dei figli di genitori indegni, quando questi sono domiciliati fuori del loro paese, essendo i tribunali incompetenti a pronunciare la decadenza dalla patria potestà tanto a danno di uno straniero che di un cittadino domiciliato all' estero; e mostrando tutta la gravità dell' inconveniente che ne deriva particolarmente nei paesi che hanno numerose colonie di stranieri, propose dovesse risolversi la questione preliminare di diritto internazionale privato nel senso di attribuire ai tribunali di un paese la facoltà di applicare la legge nazionale sulla decadenza dalla patria potestà anche ai cittadini domiciliati all'estero. In seguito alla discussione sorta su tale proposta del Lefort essa fu modificata nel senso di consigliare invece agli Stati l'attribuzione all' autorità giudiziaria del potere di togliere provvisoriamente la custodia e l'educazione dei figli ai genitori stranieri, che li maltrattano e danno loro cattivi esempî. Ma altro dei congressisti fece rilevare l' insufficienza di tali misure provvisorie, mentre le misure definitive non possono derivare che da quella decadenza dalla

(1) Congrès international de la protection de l'enfance: procès-verbaux, mémoires et discussions. Bordeaux, Bourlange, 1896, pagg. 400-405.

patria potestà dei genitori stranieri, la quale nello stato attuale della legislazione e della giurisprudenza non può essere pronunciata dai tribunali francesi; donde la necessità di provocare per la protezione dell'infanzia un accordo internazionale, da cui i giudici si sentissero vincolati. Così il Congresso emise il voto « que l'État français conclue des conventions internationales, aux termes desquelles les tribunaux de chacun des deux pays contractants devront appliquer aux nationaux de l'autre toutes les dispositions législatives ayant trait à la protection de l'enfance moralement abandonnée ».

Accanto a differenze profonde esistono pure dei notevoli punti di contatto fra il diritto penale internazionale e il diritto internazionale amministrativo. Quest'ultimo deve lasciar fuori dei suoi confini tutto quanto riferendosi all'amministrazione della giustizia sia civile che penale è oggetto anche nei rapporti interni di speciali discipline. Quanto al diritto penale tale esclusione è giustificata dal suo particolare organismo, nel quale, non potendo mai il giudice applicare una legge straniera, non esercita alcuna azione modificatrice il fatto della estraneità di chi commise un reato in un dato territorio, mentre in alcuni casi una qualche influenza può esercitarvi il fatto dell'estraneità del territorio, dove fu commesso il reato da un cittadino o da uno straniero. Senza dire quali siano questi casi, in cui la legge può ordinare la punizione di reati commessi all'estero, notiamo soltanto che nella concorrenza delle giurisdizioni ha forza prevalente il *forum delicti commissi*, a cui servigio è destinato l'istituto dell'estradizione, che è veramente uno dei più alti portati della comunità giuridica internazionale. L'estradizione, come mezzo giuridico perchè si compia l'amministrazione della giustizia penale da parte dello Stato più competente, fa parte del diritto penale internazionale, non senza però comprendere delle disposizioni di carattere puramente amministrativo, che possono riscontrarsi in ogni trattato (1). Oltre questo

(1) Cfr. ad es. Billot « Traité de l'extradition », Paris, Plon, 1874, pagg. 288-296; Bernard « Traité théorique et pratique de l'extradition »,

punto di contatto si riscontrano in varî momenti notevoli affinità di materia, comprendendo il diritto amministrativo tutta la polizia degli stranieri, in cui sorge l'istituto dell'espulsione, nonchè i varî regolamenti convenzionali di polizia riguardo a certi argomenti amministrativi d'interesse collettivo.

IV.

Nel prendere a considerare il secondo grande argomento del diritto internazionale amministrativo dobbiamo anzitutto osservare, che in ogni caso l'azione dello Stato nel campo dell'amministrazione internazionale è ispirata dall'idea di raggiungere il maggior possibile benessere dei cittadini; soltanto questo scopo è raggiunto a seconda della natura dei diversi diritti ed interessi talvolta mettendo in diretto rapporto il cittadino colla pubblica amministrazione di uno Stato straniero e tal'altra stabilendo uno scambio di servigi e un'unione più o meno intima fra amministrazioni di Stati diversi. In quest'ultima ipotesi i cittadini si avvantaggiano della maggiore estensione ed intensità, che acquistano i servigi dello Stato per mezzo della cooperazione internazionale; nella prima essi acquistano il godimento di alcuni pubblici servigi di Stati stranieri ed hanno in genere regolata la loro condizione di fronte alle autorità amministrative straniere. La razionalità del trasportare nel diritto internazionale amministrativo la distinzione sistematica, che come abbiamo visto è generale nel diritto amministrativo interno, deriva dai diversi atteggiamenti dei due ordini di rapporti; mentre infatti i rapporti, che due o più Stati stringono fra le rispettive pubbliche amministrazioni, esplicano su ciascuna di queste la loro efficacia cioè nella loro costituzione e nel loro funzionamento, i rapporti che due Stati stabiliscono fra i cittadini dell'uno e la pubblica amministrazione dell'altro de-

---

deut. édit. par A. Weiss et P. Louis-Lucas, Paris, Duchemin, 1890, volume II, pagg. 474-480; Moore « A treatise on extradition and interstate rendition », Boston 1891, vol. I, pagg. 598-610.

terminano soltanto una condizione dei cittadini stessi all'infuori del loro paese; così mentre i primi esplicano la loro efficacia nell'interno di ciascuno Stato, i secondi soltanto all'estero. S'intende però che nella vita la distinzione non si presenta collo stesso rigore sistematico, con cui noi l'abbiamo esposta; non sono anzi infrequenti i casi, in cui i due ordini di rapporti s'intrecciano servendo l'uno di complemento all'altro.

Occorre poi richiamare un altro motivo di distinzione, motivo essenzialmente formale, ma non per questo meno importante. Infatti la parte, che ha lo straniero nel diritto amministrativo di uno Stato, può esistere anche all'infuori di stipulazioni convenzionali così per effetto di leggi che di consuetudini interne; invece i rapporti fra amministrazioni di Stati diversi il più delle volte non possono sorgere che in virtù di accordi, assai raramente esistono per consuetudine o per reciproca cortesia. Appunto per il loro carattere positivo e convenzionale e per lo straordinario impulso acquistato in questi ultimi tempi essi hanno maggiormente richiamato l'attenzione dei giureconsulti e in questi generata più viva l'aspirazione di trarli da un incerto domicilio scientifico, causa prima di loro deficiente elaborazione dottrinale (1), per farne una trattazione autonoma.

All'esame dell'amministrazione degl' interessi collettivi degli Stati, la quale come più importante ed appariscente viene maggiormente considerata, (2) occorre a mio modo di vedere premet-

---

(1) Fusinato, op. cit.

(2) L'Ufficio internazionale permanente della Pace sedente a Berna, essendo stato incaricato della redazione di un codice di diritto internazionale, fece accettare dal Congresso universale di Budapest del 1896 il proprio piano, secondo cui quel codice avrebbe dovuto dividersi in tre parti distinte, comprendenti la prima il diritto internazionale che regola i rapporti puramente politici degli Stati, le seconda quello che regola i rapporti amministrativi, la terza quello che determina il modo con cui i conflitti devono essere istruiti e giudicati; e quanto alla seconda parte, costituita dal diritto amministrativo internazionale, per la sua redazione sarebbe stato sufficiente riunire in un sol testo e classificare i trattati, con cui sono organizzate le diverse Unioni internazionali. Vedi la *Revue gén. de droit intern. pub.*, 1896, pag. 688 e seg.

tere un breve cenno sull'amministrazione convenzionale di interessi particolari. Carattere distintivo formale di questa parte preliminare è quello di derivare da convenzioni formate per binomî di Stati, mentre un trattato collettivo è l'origine della parte generale; la differenza formale sta appunto in rapporto colla diversa estensione degl' interessi regolati.

Anzitutto i trattati particolari hanno una funzione specifica propria ed immanente nelle relazioni amministrative fra Stati confinanti. Sorge così un'amministrazione convenzionale, che chiamerei di frontiera e che merita una particolare attenzione, come quella che è più immediatamente destinata ad abbattere idealmente i confini degli Stati. Ai confini hanno massimamente origine quei rapporti consuetudinari e derivanti da reciproca cortesia fra amministrazioni di Stati diversi, dei quali abbiamo già fatto cenno. Non di rado anzi accade che tale cortesia si eserciti a danno dei diritti individuali fondati su convenzioni, come provano i numerosi casi di estradizione *brevi manu*, che si verificano alla frontiera per un semplice scambio di rapporti fra le due autorità di polizia (1). In generale però la natura stessa degl' interessi da regolare richiede degli accordi espressi, i quali traggono la loro ispirazione o da una semplice opportunità o da una vera e propria necessità dei mutui rapporti dei due Stati. Riferendomi nei

---

(1) È questo un sistema, che io stesso ho potuto per ragioni d'ufficio constatare essere assai più generale di quanto non si creda. A me sembra deplorevolissimo non solo per il rispetto alla libertà individuale, alla quale non devono mai mancare le garanzie legali, ma anche perchè esso viene a preferenza praticato contro gente, che non ha validi mezzi di difesa ed è completamente ignara dei diritti concessi dalle convenzioni d'estradizione. Il Pubblico Ministero non dovrebbe mai, per raggiungere dei colpevoli, provocare l'applicazione di un mezzo molto pratico bensì, ma a cui ripugnano le più elementari ragioni di giustizia. Usando una formula, che il nostro ordine di studi ci suggerisce, si potrebbe dire che l'estradizione non dovrebbe mai perdere il carattere che le è proprio di una questione giudiziaria e diplomatica per assumere la veste di un semplice rapporto di polizia internazionale.

miei esempî soltanto all'Italia potrei ricordare le numerose convenzioni da questa stipulate relativamente alla costruzione di linee ferroviarie, alla congiunzione della rete italiana con quella di paesi confinanti, all'esercizio di tronchi di comunicazione, alla designazione di stazioni internazionali ecc.; esempi recentissimi sarebbero le convenzioni colla Svizzera del 25 novembre 1895 per la costruzione e l'esercizio di una ferrovia attraverso il Sempione da Briga a Domodossola e del 2 dicembre 1899 per la congiunzione della rete ferroviaria italiana con la rete svizzera attraverso il Sempione, per la designazione della stazione internazionale e per l'esercizio della sezione Iselle-Domodossola, nonchè la convenzione con l'Austria-Ungheria del 24 luglio 1900 per il collegamento della linea ferroviaria italiana con quella austriaca fra S. Giorgio di Nogaro e Cervignano. La necessità della concorrenza dell'Italia e dell'Austria-Ungheria da una parte, dell'Italia e della Svizzera dall'altra per la protezione della pesca nelle acque interne comuni determinò con entrambi quei Stati la formazione di varî accordi amministrativi negli anni 1882, 1883, 1897 e 1898. Il fatto che la linea doganale non sempre coincide perfettamente con le divisioni della proprietà privata obbligò il nostro Stato a stipulare convenzionalmente delle franchigie, che rendessero meno dura la condizione dei cittadini, le cui proprietà rurali fossero attraversate dal confine doganale; e la necessità era per lo stesso motivo egualmente sentita dallo Stato straniero. Così ebbero per esempio origine le numerose disposizioni regolamentari circa la franchigia doganale nel traffico di frontiera dei prodotti agricoli e pastorizî, le quali si trovano nella convenzione di delimitazione italo-francese del 7 marzo 1861 e nelle dichiarazioni interpretative del 27 febbraio 1894 e del 15 luglio 1897. Dalla necessità della tutela della pubblica salute deriva lo speciale accordo fra l'Italia e l'Austria Ungheria del 10 dicembre 1895 sul regime sanitario del traffico di frontiera; e dalla utilità derivante dalla protezione dell'agricoltura gli accordi conclusi colla stessa Potenza nel 5 e 29 novembre 1875 per la protezione degli uccelli utili all'agricoltura, nel 7

dicembre e nel 15 giugno 1887 per la tutela contro le epizoozie, nel 10 novembre 1893 per regolare il commercio dei vegetali e del concime nelle zone di confine. A più modesta utilità è ispirato l'accordo passato fra l'Italia e la Francia mediante uno scambio di note (1-27 maggio 1891) per la reciproca restituzione delle armi e degli oggetti di equipaggiamento dei disertori appartenenti ai due Stati (1).

Accanto a questo diritto convenzionale di frontiera, che costituisce come il primo gradino del diritto internazionale amministrativo, esiste un'altra analoga categoria di convenzioni destinate a regolare i rapporti amministrativi di due Stati all'infuori di quelli, che hanno immediata origine dai confini territoriali. Tali convenzioni si differenziano da quelle già da noi accennate in quanto esse hanno la potenzialità di divenire generali; mentre infatti un interesse di frontiera è necessariamente limitato a due Stati e solo da questi può venire regolato, nonostante che, come nel caso delle ferrovie, possa avere di riflesso influenza nei rapporti degli altri Stati, avviene molte volte che un interesse d'altra specie dapprima limitato a due Stati assuma poi un carattere universale. In tal caso i trattati particolari si presentano come precursori e modelli di posteriori trattati collettivi, i quali così servono a dare unità e semplicità ai servizi amministrativi: ne sono esempio le numerose convenzioni particolari sulle poste e sui telegrafi, donde sorsero le convenzioni delle relative Unioni internazionali. All'infuori delle ipotesi, in cui il diffondersi presso i diversi Stati di certe funzioni e il progresso nel loro organismo rendono il destino delle convenzioni particolari naturalmente transitorio, queste ultime hanno una importanza propria permanente e non solamente storica. Come infatti vedremo meglio in seguito, non sempre è possibile

(1) Si potrebbero ricordare ancora la convenzione coll'Austria del 18 luglio-24 agosto 1870 relativa all'assistenza da prestarsi dalle truppe di uno dei due paesi nel territorio limitrofo dell'altro in caso d'incendio o di altro disastro e quella colla Svizzera del 28 giugno 1888 per la reciproca ammissione del personale sanitario nei distretti di frontiera.

e se possibile non sempre è consigliabile di adottare per un certo pubblico servizio un regolamento internazionale collettivo, mentre è sempre possibile ed utile un accordo bilaterale. Inoltre per i motivi, che pure esporremo in seguito parlando delle Unioni, le convenzioni particolari hanno una destinazione propria anche nelle materie già regolate collettivamente.

Una particolarità, che mi sembra degna di nota a proposito del regolamento d'interessi amministrativi fra due Stati, è quella relativa alla forma data alla comune manifestazione di volontà. Qui assai più facilmente che negli altri rapporti internazionali si parla di *accordi*, di *dichiarazioni*, di *scambi di note* anzichè di trattati o convenzioni. Forse la minore dignità della materia consiglia una maggiore modestia di forma. Alcune volte gli accordi assumono ufficialmente il nome di *accordi amministrativi* e sono conclusi anzichè dagli agenti diplomatici dai capi delle amministrazioni dei due paesi relative all'oggetto in questione: così per esempio l'*accordo amministrativo* tra la Francia e l'Italia del 28 ottobre-2 novembre 1893 per regolare alcune particolarità del servizio postale fu fatto e firmato dal Ministro delle poste e telegrafi dell'un paese e dal direttore generale delle poste e telegrafi dell'altro (1); l'*accordo amministrativo* 16-19 settembre 1894 fra l'Italia e la repubblica di S. Marino, circa il protesto dei titoli di commercio affidati alla posta per la riscossione, passò pure fra le due amministrazioni postali e fu fatto dall'ispettore generale delle poste e telegrafi d'Italia e dal direttore postale della repubblica di S. Marino per quest'ultima (2); l'*accordo telegrafico* conchiuso il 22 luglio 1896 fra le amministrazioni telegrafiche italiana e rumena fu fatto da un direttore generale delle poste e telegrafi di Rumania e dall'ispettore generale dei telegrafi d'Italia ed approvato dai rispettivi ministri dei due paesi (3). Anche quando le due amministrazioni non figurano come direttamente stipu-

---

(1) *Gazz. uff.*, 16 gennaio 1894, n. 13.
(2) *Gazz. uff.*, 18 gennaio 1895, n. 15.
(3) *Gazz. uff.*, 10 giugno 1897, n. 135.

lanti e si ha una convenzione conclusa colle solite forme diplomatiche, nel maggior numero di casi le amministrazioni sono rappresentate come i soggetti giuridicamente obbligati. Inoltre nelle stesse convenzioni amministrative formate coll'intervento diplomatico in generale viene riservata alle amministrazioni un'opera integratrice consistente in un regolamento da compilarsi di comune accordo fra di loro per l'esecuzione di tutta o di una parte della convenzione: così per esempio si trova stipulato nella convenzione 11 luglio 1896 fra l'Italia e la Gran Brettagna per lo scambio dei pacchi postali, la quale fu resa da noi esecutiva con R. D. 23 luglio 1896 n. 375 (1); nella convenzione postale fra l'Italia e la repubblica di S. Marino del 20 novembre 1895, resa esecutiva con legge del 3 ottobre 1896 n. 463 (2); nella convenzione telefonica conclusa fra l'Italia e la Francia il 16 luglio 1899 e resa da noi esecutiva con R. D. 16 maggio 1900 n. 204 (3). Quest'ultima anzi dopo aver detto che « le disposizioni della convenzione saranno completate da un regolamento di servizio fatto di comune accordo fra le due amministrazioni » (art. 13) rimette l'esecuzione della convenzione stessa « alla data che sarà fissata dalle amministrazioni contraenti » (art. 14).

Alle categorie di convenzioni amministrative ora accennate tien dietro il regolamento convenzionale di alcuni interessi, che non sono generalissimi ma speciali ad un dato gruppo di Stati, come per esempio i regolamenti amministrativi per la navigazione dei fiumi internazionali stabiliti d'accordo fra gli Stati rivieraschi e per la pesca in acque, che interessano soltanto alcuni Stati (4). Gli accordi di questo genere sono favoriti dalla

---

(1) *Gazz. uff.*, 27 agosto 1896, n. 203.

(2) *Gazz. uff.*, 26 ottobre 1896, n. 253.

(3) *Gazz. uff.*, 11 giugno 1900, n. 136.

(4) Tali ad esempio la convenzione del 2 maggio 1882 tra la Germania, il Belgio, la Danimarca, la Francia, l'Inghilterra e l'Olanda per regolare la pesca nel Mare del Nord, e la successiva del 16 novembre 1887 fra gli stessi Stati per impedire il commercio delle bevande spiritose fra

preesistenza fra gli Stati interessati di alcun vincolo politico, come è accaduto per quella *Verein deutschen Eisenbahnverwaltungen,* che nell'Europa centrale ha avuto un'azione sì grande nella storia politica delle ferrovie. In ogni caso l'iniziativa è presa dallo Stato più direttamente interessato, come fu ad esempio della Svizzera in rapporto alla convenzione del 14 ottobre 1890 sul trasporto internazionale delle merci per ferrovia (1). Senonchè trattandosi di stipulazioni collettive è assai malagevole e forse inopportuno procedere a distinzioni in base alla maggiore o minore estensione degl'interessi che ne formano l'oggetto, essendo tale estensione nel maggior numero di casi del tutto relativa e variabile (2). Un in-

---

i pescatori del Mare del Nord. Vedi Poinsard « Études de droit international conventionnel » Paris, Pichon, 1894, pag. 50-53; e *Bulletin de la Société de législation comparée,* vol. 25°, pag. 155-162.

(1) Nel 1874 discutevasi alle Camere federali svizzere un progetto di legge sui trasporti per ferrovia, sul quale le Compagnie non erano d'accordo. Esse facevano notare, che essendo un piccolo paese situato al centro dell'Europa e avente un traffico internazionale considerevole, la Svizzera non poteva fare utilmente una tal legge, i cui effetti si arresterebbero necessariamente alla frontiera, obbligando le Compagnie a conformarsi alle varie prescrizioni dei paesi vicini. Ciononostante la legge fu emanata, ma il governo accettò la proposta di iniziare un accordo internazionale. Vedi Numa Droz « L'Union internationale des chemins de fer » in *Revue gén. de droit intern. pub.,* 1895, pagg. 169-184.

(2) Se i delegati degli Stati americani riuniti in congresso a Washington dal 18 novembre 1889 al 20 aprile 1890 si fossero potuti trovare d'accordo su tutti i punti del programma loro sottoposto, si sarebbe avuto un complesso organismo di diritto internazionale amministrativo proprio soltanto al continente americano (vedi Bonfils op. cit. pag. 413-414). Il che per altro non toglie che il regolamento di alcuni interessi eccedenti geograficamente i confini di quel continente avrebbe potuto trovare aderenti anche fra Stati diversi da quelli americani. Così è per esempio che dei trattati sud-americani del 1889 quello relativo alla tutela dei diritti di autore, con accordi stipulati nell'aprile 1900 è stato accettato dall'Italia per regolare i rapporti relativi colla Repubblica Argentina (*Gazz. Uff.,* 3 luglio 1900, n. 153) e col Paraguay (*Gazz. uff.,* 23 agosto 1900, n. 195).

teresse, che in un dato momento storico è sentito soltanto da due Stati o da un numero limitato di Stati, può col progresso del tempo diventare un interesse solidalmente riconosciuto da tutti; così dal trattato particolare può spontaneamente sorgere l'idea di un trattato collettivo e questo cominciato con modesti auspicî può via via accrescere indefinitamente i suoi aderenti. Consci di questa, che è in sostanza la legge storica d'ogni progresso umano, gli Stati che primi convengono nella tutela collettiva di un dato interesse lasciano sempre aperta la porta per chi col tempo venga a riconoscere l'utilità di entrare in comunione cogli altri. Esiste pur tuttavia una differenza notevole fra il regolamento dell'interesse di un gruppo di Stati, che non è suscettibile di diventar generale, e quello di un interesse già generale e che ha la potenzialità di diventare addirittura universale. Mentre infatti in entrambi i casi si ha un trattato collettivo, nel primo caso l'intimità di rapporti che esso produce fra gli Stati contraenti, si limita ad un'azione combinata per assicurare l'osservanza delle norme fissate, nel secondo invece arriva sino alla creazione di organi comuni, che sono per ora la più alta espressione instituzionale nella società degli Stati. Soltanto nel secondo caso si ha l'esistenza delle Unioni amministrative internazionali, la cui importanza massima per il nostro tema avremo campo di rilevare dopo la premessa, che mi sembra indispensabile, di alcune osservazioni intorno alla natura dei trattati amministrativi in genere.

V.

È interessante conoscere il rapporto che corre fra l'estensione del diritto internazionale amministrativo e quella del diritto amministrativo interno, giacchè l'affermazione da noi ripetuta, che da quest'ultimo proviene la materia prima che viene da quello elaborata, non implica per sè che i limiti dell'un diritto siano uguali a quelli dell'altro. Ma sta di fatto che tali limiti, assai diversi nel momento attuale, sono potenzialmente uguali e mostrano chiara la tendenza ad acquistare effettiva-

mente tale uguaglianza. Ha perciò ragione lo Stein, quando afferma che l'amministrazione internazionale non ha affatto confini di fronte all'amministrazione interna dei singoli Stati, non essendo in questa alcuna parte che non tocchi per qualche verso la vita collettiva dei popoli (1). Senonchè l'esame delle diverse funzioni generalmente oggi esercitate dagli Stati civili e quindi dei diversi capitoli di un trattato generale di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione non sarebbe sufficiente per darci la misura dell'estensione, che è destinato ad acquistare il diritto internazionale amministrativo; e ciò non solo perchè l'aumento, per certi rapporti persino imprevedibile, di quelle funzioni e di quei capitoli è per sè causa di un aumento di sviluppo nella forza generatrice dei rapporti amministrativi internazionali, ma anche perchè quest'ultima si addimostra capace di esercitare una notevole reazione nell'andamento e nel progresso dell'amministrazione interna, tanto che lo Stein già venticinque anni or sono, quando l'organismo del diritto internazionale amministrativo era del tutto rudimentale, poteva con sicurezza affermare che sarebbe stata necessariamente imperfetta ogni teoria amministrativa, che non avesse tenuto conto dei primi elementi dell'amministrazione comune dei diversi popoli (2). Per averne del resto una prova convincente basta pensare un momento all'opera delle numerose associazioni internazionali e degl'infiniti congressi, donde

---

(1) v. Stein « Handbuch der Verwaltungslehre », pag. 91. — La nostra approvazione all'idea generale dello Stein va intesa colle riserve risultanti dalla critica già da noi fatta all'estensione, a nostro avviso eccessiva, che egli dà al diritto amministrativo internazionale. L'apparente contraddizione fra critica da una parte ed approvazione dall'altra proviene non soltanto dall'estensione, che lo Stein assegna al campo del diritto amministrativo in genere e che è maggiore in alcuna parte di quella prevalente nella nostra dottrina, ma anche da una causa estranea a quell'idea e cioè dall'inclusione nel diritto internazionale amministrativo di alcuni capitoli, che come abbiamo già dimostrato fanno parte di altre discipline giuridiche attinenti all'ordine internazionale.

(2) v. Stein, op. cit., pag. 91.

risulta tutto un movimento interessantissimo inteso a unire le forze dei diversi Stati civili anche di fronte a problemi d'indole sociale, che non possono trovare adeguata soluzione all'interno di ciascuno Stato o che in ogni modo all'interno di ciascuno Stato non hanno di fatto una soluzione qualsiasi. Si ha in altri termini fra amministrazione interna e amministrazione internazionale un'influenza reciproca di guisa che l'impulso, che normalmente muove dalla prima alla seconda, ha in certi casi invertito il proprio punto di partenza.

I limiti non possono dunque rintracciarsi che nel principio della sovranità di ogni singolo Stato. È ben vero che l'origine del nostro organismo giuridico sta, piuttosto che nella forza produttiva di diritto della volontà dello Stato, in quella derivante dai comuni rapporti della vita internazionale, ma è certo d'altra parte che l'affermazione del suo valore effettivo non può trovarsi che nella volontà sovrana dei singoli Stati (1). Ciascuno di questi è autonomo nella costituzione e nel funzionamento dei suoi pubblici servizî; ma la sua autonomia cessa quando si tratta di attribuire a questi ultimi una qualche espansione estraterritoriale o di accordare la loro opera con quella dei pubblici servizî di Stati stranieri o di contribuire in qualche modo alla costituzione di un pubblico servizio di comune utilità internazionale. L'impossibilità in tali casi di una determinazione autonoma obbliga lo Stato a porre in un trattato quello che esso altrimenti avrebbe posto nella legge; ma il contenuto del diritto convenzionale, che ne risulta, vale come se fosse il prodotto della volontà individuale dello Stato. Si ha soltanto, come giustamente osserva lo Stein, un nuovo momento di questa volontà sviluppato entro i due momenti già noti della legge e del regolamento, inquantochè ogni legge considererà come suo più alto tema quello di poter essere nel contenuto un diritto internazionale conforme alla costituzione e ogni trattato riceverà il carattere, la forma e la forza giuridica di una legge e la potestà di eseguire funzionerà per conseguenza come po-

(1) v. Stein, op. cit., pag. 92.

testà di ordinare per il nuovo diritto internazionale quale è generato dall'ultima forza produttiva di diritto fra i popoli civili (1).

La parte forse più difficile di tutta la nostra trattazione consiste appunto nell'esaminare se e in qual modo rimanga modificata nei rapporti amministrativi internazionali la potestà di ordinare e di eseguire propria dello Stato. A questo riguardo io non mi sentirei più disposto a seguire lo Stein nelle sue deduzioni. Egli infatti, dopo avere affermato che a fondamento di tutti i trattati amministrativi sta il principio che ogni Stato riguardo al suo diritto amministrativo è completamente sovrano, ma che la subordinazione di questa sovranità alle necessità della vita comune dei popoli si mostra infine come condizione imprescindibile del suo proprio svolgimento, ritiene che il diritto risultante da quei trattati non sia bensì un diritto più forte della sovranità propria, ma un diritto nell'amministrazione di uno Stato a favore degli altri (2). Ora ha pienamente ragione l'Heilborn, quando osserva che il trattato internazionale produce soltanto diritti e doveri fra gli Stati reciprocamente e il trattato amministrativo in modo speciale diritti e doveri internazionali per l'esecuzione, l'omissione o la tolleranza di atti amministrativi; ma il fondamento giuridico di questi ultimi non è mai il trattato internazionale, sibbene un atto giuridico dello Stato. Così la libertà dello Stato per l'esecuzione di atti amministrativi potrà essere limitata, ma rimane sempre inalterato il carattere dell'amministrazione in tutte le sue forme come azione di Stato o entro lo Stato. Nell'amministrazione di uno Stato un altro non ottiene alcun diritto: per mezzo del trattato il diritto amministrativo dell'uno non sarà riconosciuto valido per gli altri, ma è ammessa l'autorità per l'esecuzione di atti, i quali senza trattato sarebbero una lesione giuridica degli altri Stati. Il trattato amministrativo non produce alcun ordine per l'amministrazione, ma estende lo spazio nel quale essa può manifestarsi, giacchè la sua limitazione all'interno di uno Stato non

---

(1) v. Stein, op. cit., pag. 93.

(2) v. Stein, art. cit. in *Schmoller' s Jahrbuch* ecc.

è un momento contenuto essenzialmente nella sua idea, ma esclusivamente una conseguenza delle reciproche limitazioni internazionali degli Stati (1).

La ragione ultima di questa critica dall'Heilborn diretta all'idea dello Stein sta nel rapporto fra la sovranità singola e la società internazionale. Ora è ben vero che ciascuno Stato è un mezzo indispensabile per il raggiungimento degli scopi della vita dell'umanità sulla terra, ma un mezzo isolatamente imperfetto perchè limitato di territorio e di forza, e che niente è così poco logicamente necessario che uno scopo della vita umana debba andare disperso, perchè esso eccede la forza o forse soltanto il diritto di sovranità dello Stato anzi tutto interessato di procurarsi i mezzi per il suo raggiungimento (2); ma tutto ciò è ben lungi dal determinare, in assenza di una organizzazione della società internazionale, un dovere dello Stato di impiegare le proprie forze per iscopi che sono estranei a lui stesso e ai suoi cittadini (3). Anche nei casi in cui tale dovere viene sentito l'attività promossa da uno Stato per il raggiungimento degli scopi della vita umana non determina alcuna diminuzione nella cura dei proprî immediati interessi e quindi alcuna alterazione nell'amministrazione relativa, concretandosi il più delle volte in un aiuto spontaneamente concesso. Senonchè in fatto non sempre esiste questa spontaneità; e allora il diritto amministrativo offre la materia per la costituzione di servitù internazionali (4), come potrebbero mostrare esempi copiosi tratti dal vario funzionamento del sistema delle capitolazioni.

Tra questi voglio trasceglierne uno, che mi sembra molto adatto a far risaltare l'antitesi esistente fra l'amministrazione internazionale normale e quella anormale fondata sul sacrificio

---

(1) Heilborn, « Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen », Berlin, Springer, 1896, pag. 391-394.

(2) v. Mohl, op. cit., vol. I, pag. 591.

(3) v. Mohl, op. e vol. cit., pagg. 590, 592, 594 e segg.

(4) Cfr. Rivier, op. cit., vol. I, pag. 298, e la mia voce « Servitù internazionali » nel *Digesto Italiano*.

esclusivo di una sovranità. Il servizio delle poste ha potuto divenire qual' è oggi veramente universale per lo scambio reciproco e disinteressato dei servizi, che si prestano le diverse amministrazioni fondate su basi sostanzialmente identiche; le modificazioni convenzionali all'autonomia amministrativa dei singoli Stati sono uniformi per tutti, sono ispirate dal comune interesse e non ledono la sovranità di alcuno. Ben diversa è la condizione della Turchia di fronte all'esistenza di uffici postali europei nel suo territorio (1). Questi uffici, che appartengono alla Germania, all'Austria-Ungheria, alla Francia, all' Inghilterra e alla Russia, hanno la stessa organizzazione di quelli del rispettivo loro paese ed essendo in comunicazioni postali regolari con tutti i paesi del mondo offrono nel servizio al pubblico la stessa sicurezza e la stessa facilità. Aventi origine diplomatica, essi passarono poi a servive anche i connazionali dell'ambasciatore ed aumentando successivamente il loro lavoro in ispecie per il cattivo servizio delle poste ottomane si costituirono in uffici autonomi a disposizione di tutto il pubblico senza distinzione di nazionalità. Ora, poichè il servizio postale è oggi un servizio pubblico, è evidente che tali uffici costituiscono un attentato all' autonomia dell' amministrazione ottomana, la quale d'altro canto si trova di fronte agli altri paesi oltre quelli citati in condizioni normali, facendo parte dell'Unione postale universale. La Porta infatti più volte protestò e tentò ogni mezzo per emanciparsi; se i suoi tentativi andarono sempre a vuotò si deve appunto alla connessione, in cui tale servitù internazionale si trova colle altre, alle quali la Porta

---

(1) Vedi in proposito l'interessante comunicazione del Kebedgy nella *Revue générale de droit international public*, 1895, pagg. 365-372. — L'Italia, che finora non aveva in Oriente propri uffici postali, nel momento in cui scriviamo ne ha istituito uno a Bengasi in Cirenaica come complemento del servizio postale fatto dalla Navigazione generale italiana. Anche a tale istituzione cercarono di opporsi le autorità locali; tuttavia il nuovo ufficio fu inaugurato il 15 marzo senza inconvenienti per effetto forse della presenza in quelle acque di una divisione della nostra squadra del Mediterraneo. (Vedi *La Tribuna* del 18 marzo 1901, n. 77).

si trova costantemente soggetta ad opera delle Potenze europee per le sue inferiori condizioni sociali e politiche.

Altri esempi interessanti possono trarsi dall'amministrazione marittima internazionale. Ogni Stato è pienamente libero di costruire e mantenere sulle sue coste dei fari, i quali presentano un'utilità generale per tutta la navigazione, salvo poi a rifarsi mediante tasse imposte a quest'ultima delle spese talora ingenti necessitate dalle opere compiute nel proprio territorio; nessun altro Stato e neppure gli Stati marittimi associati, per quanto grande possa essere il loro interesse, potrebbero obbligarlo suo malgrado a compiere quell'opera di utilità generale. Gli è che l'amministrazione di comuni interessi non può giungere presso i popoli civili ad annullare il principio della sovranità manifestantesi nell'interna amministrazione; in altri termini nei rapporti internazionali di Stati civili la potestà di ordinare e di eseguire, sia pure come espressione collettiva di volontà, subisce necessariamente dei limiti in omaggio all'autonomia dello Stato singolo. D'altra parte le condizioni pressochè uniformi di civiltà rendono persino inutile ogni costrizione, perchè lo Stato non solo è tratto dal proprio egoistico interesse a compiere opere, che sono al tempo stesso di utilità generale, ma acquista sempre più la coscienza (di cui giustamente parla lo Stein come di molla fortissima del moderno progresso dei rapporti amministrativi internazionali) (1) che curando gl'interessi degli altri cura infine maggiormente gl'interessi suoi propri. Ben diversa è la condizione di cose in rapporto a quegli Stati di civiltà inferiore, che si rifiutano di rendere servizî alla navigazione, sia per impotenza, sia per indifferenza, sia anche per ostilità verso gli stranieri, che essi vorrebbero respingere anzichè facilitar loro l'accesso del paese; qui la potestà di ordinare degli Stati civili per il diritto amministrativo internazionale si ritiene libera da vincoli esterni e si concreta in una vera imposizione. Gli accordi diplomatici, in cui questa trova

(1) v. Stein, op. cit., pag. 96.

luogo, possono col Poinsard dividersi in due categorie (1). La prima impone l'obbligo di fare il necessario per la sicurezza della navigazione; tali per esempio il trattato di Tien-Tsin del 27 giugno 1858, che impose alla Cina l'obbligo di stabilire dei segnali e dei fari e di reprimere la pirateria, e il trattato di Yeddo concluso col Giappone il 25 giugno 1866, che contiene delle stipulazioni analoghe. La seconda è determinata dallo scopo di stabilire a spese comuni per parte degli Stati interessati un sistema di illuminazione su un punto pericoloso di una costa; tale il trattato di Tangeri del 31 maggio 1865, per stabilire un faro al capo Spartel, concluso fra i principali Stati marittimi e il Marocco, il quale nonostante per mancanza di marina non usi del faro fu incaricato del suo mantenimento mediante contribuzioni fornite esclusivamente dagli Stati interessati; tale pure la convenzione anglo-francese del 27 gennaio 1892, a cui aderirono tosto tutti gli Stati marittimi, e infine nel febbraio 1894 anche il Marocco direttamente interessato, convenzione che decretò lo stabilimento ad opera della compagnia del Lloyd di un semaforo internazionale al capo Spartel sotto il controllo delle Potenze e nell'interesse della navigazione universale (2).

A queste due categorie se ne potrebbe poi aggiungere una terza costituita da quei trattati, che impongono una vera e propria restrizione del diritto di sovranità territoriale per soddisfare a delle esigenze d'indole amministrativa di un solo Stato; tali ad esempio i trattati conclusi nel 1873, coi quali la Russia si fece riconoscere dal khan di Khiva e dall'emiro di Boukhara il diritto di costruire sulla riva sinistra dell'Amou-Daria dei ponti, dei magazzini di dogana e dei posti d'imbarco (3).

Il principio della sovranità particolare, come fonte di limiti all'indefinito progresso del diritto internazionale amministrativo, subisce pure delle notevoli modificazioni per influenza dell'ege-

---

(1) Poinsard op. cit. pagg. 54-5.

(2) Vedi la *Revue gén. de droit intern. pub.*, 1894, pagg. 289-290.

(3) Bonfils, op. cit., pag. 170.

monia assunta dalle grandi Potenze negli affari della politica internazionale. Di questa egemonia noi tentammo altrove di dare una spiegazione, se non proprio una giustificazione (1); qui ci limitiamo a considerarla come uno stato di fatto indiscutibile per mostrare come accanto all'azione da essa esercitata nel campo puramente politico ve ne sia pure un'altra tutt'altro che trascurabile, la quale viene esercitata nel campo amministrativo. I fatti poi che addurremo a riprova ci daranno motivo a molte e utili osservazioni.

L'esempio, che meglio degli altri mi pare meriti la nostra attenzione, è dato dal complesso regime convenzionale, a cui è stato ed è soggetto il Danubio. È noto che i fiumi internazionali possono essere studiati sotto tre aspetti diversi, che si riferiscono al diritto pubblico, al diritto privato e al diritto amministrativo. Si può osservare, che in proposito il diritto internazionale pubblico si trova coll'internazionale amministrativo nello stesso rapporto, in cui è il diritto costituzionale di fronte all'amministrativo interno riguardo ai diritti individuali: come infatti questi ultimi trovano nel diritto costituzionale la loro generale affermazione, la quale viene poi disciplinata dal diritto amministrativo, così tutta la varia amministrazione fluviale ha il suo fondamento nel principio della libertà di navigazione, che è affermato dal diritto internazionale pubblico. Tale intimo nesso ci permette di stabilire una prima causa, del tutto estrinseca ma non poco importante, di quella speciale azione del cosiddetto concerto europeo, che intendiamo osservare. Il principio della libertà di navigazione nei fiumi internazionali viene sancito in congressi, in cui siedono come in areopago soltanto le grandi Potenze; dalla competenza nell'affermazione di un principio doveva quasi irresistibilmente derivare l'auto-attribuzione della competenza anche nello svolgimento regolamentare del principio stesso. Così in trattati eminentemente politici si possono rintracciare delle disposizioni di carattere amministrativo e si è manifestata una

(1) Vedi il mio « Saggio sull'intervento » nell'*Archivio giuridico* 1899.

notevole eccezione alla massima, che gli scrittori di diritto internazionale pongono come assiomatica, e per la quale nella trattazione dei comuni interessi sociali tutti gli Stati, grandi e piccoli, potenti e deboli, hanno la stessa vôce.

Il Congresso di Vienna del 1815 stabilì dei principî generali intorno alla libera navigazione dei fiumi internazionali, ma al tempo stesso decise che ciascuno di questi sarebbe stato entro un breve termine sottoposto all'applicazione di un regolamento speciale deliberato in base a quei principî generali dagli Stati rivieraschi. La distribuzione della competenza era così nettamente ed anche correttamente fissata. All'areopago avente la direzione della grande politica internazionale la determinazione della norma superiore, ai diversi gruppi di Stati interessati la particolare esplicazione della norma stessa. I confini delle due competenze furono rispettati riguardo al Reno e alla Schelda, non così riguardo al Danubio. La grande importanza di quest'ultimo come via di comunicazione, gli ostacoli posti dalla natura alla sua completa navigabilità, i varî e contrastanti interessi economici e sopratutto le gravi questioni politiche fra Stati rivieraschi, specialmente fra Austria e Russia, ritardarono e resero difficilissima l'applicazione del principio affermato dal Congresso di Vienna. Così le Potenze, riunite nuovamente in Congresso a Parigi nel 1856, trovarono che le loro decisioni ormai antiche non avevano avuto riguardo al Danubio neppure un principio d'esecuzione e che le rivalità politiche erano tali da non lasciar sperare un equo componimento senza l'intervento della loro autorità. Esse quindi non si contentarono di richiamare il principio stabilito a Vienna, ponendolo sotto la loro garanzia collettiva e facendone espressa applicazione al Danubio, ma vollero esattamente determinare tutto il contenuto del principio applicato (articolo 15 del trattato di Parigi) e provvedere direttamente alla sua realizzazione. A tal uopo istituirono due commissioni; la prima composta dei delegati delle grandi Potenze e incaricata di designare e fare eseguire i lavori necessari per mettere le foci del fiume nelle migliori condizioni possibili di navigabilità (art. 16); la seconda composta dei

delegati degli Stati rivierescchi e incaricata di elaborare i regolamenti di navigazione e di polizia fluviale, di far sparire gli ostacoli di qualunque natura che ancora si opponessero all'applicazione al Danubio delle disposizioni del trattato di Vienna, di fare eseguire i lavori necessari in tutto il corso del fiume e di provvedere dopo lo scioglimento della Commissione europea al mantenimento della navigabilità delle foci del Danubio (art. 17).

In tal guisa le grandi Potenze affermavano la propria funzione direttiva nel campo dell'amministrazione internazionale; non si limitavano ad affermare di questa i principî politici, ma segnavano la via che nell'applicazione dovevano obbligatoriamente seguire gli Stati direttamente interessati e a questi stessi in parte si sostituivano mediante una nuova istituzione rappresentante la loro potestà sovrana di ordinare e di eseguire. Ecco come pure nell'ordine dei rapporti da noi studiati si determina la prevalenza degli Stati più potenti e l'efficacia della loro volontà anche all'infuori dei confini dei loro territorî con sacrificio dell'altrui autonomia. L'indiscutibile utilità derivante a tutti gli Stati marittimi dall'azione, che a cominciare dal trattato di Parigi le grandi Potenze esercitarono sul regime del Danubio, può sopratutto di fronte alle illiberali pretese degli Stati rivieraschi, specialmente dell'Austria, rendere soltanto indulgenti nella critica ad un sistema, al quale fa difetto una solida base giuridica in particolare nella forma peggiorata da esso assunta in tempi posteriori.

La Commissione dei delegati dei rivieraschi prevista dal trattato di Parigi elaborò un regolamento di navigazione in data 7 novembre 1857, il quale fu presentato alle Potenze riunite in conferenza a Parigi nell'agosto 1858. L'Austria sosteneva che tale presentazione non era che una semplice formalità, non avendo le Potenze alcun diritto d'intervenire nel regolamento di navigazione, che dal trattato di Parigi era stato riservato al potere dei rivieraschi; ma la Conferenza decise che il regolamento doveva essere reso esecutivo dalle Potenze e non sola-

mente rimesso loro a titolo d'informazione. (1) Il motivo delle pretese dell'Austria, che aveva condotto i lavori della Commissione da lei presieduta in modo da assicurarsi per mezzo del regolamento il monopolio della navigazione, giustificava la resistenza degli Stati marittimi e in ispecie dell'Inghilterra; ma è certo d'altra parte che da questo primo atto, con cui le Potenze credettero d'interpretare il trattato di Parigi, comincia la scala saliente dell'intervento europeo nel regime danubiano. Infatti la Commissione europea, che non aveva terminato i suoi lavori nei due anni fissati dall'art. 18 del trattato di Parigi, ebbe successivamente prorogati i suoi poteri fino al 1865. In quest'anno essa presentò alle Potenze un atto, adottato il 2 novembre 1865, nel quale sono minutamente fissati i diritti e gli obblighi risultanti per i diversi interessati dalla nuova condizione di cose creata dai lavori della Commissione, e al quale sono annessi un regolamento in 112 articoli sulla navigazione e sulla polizia del basso Danubio e una tariffa dei diritti di navigazione da prelevare alle foci del fiume, com'era previsto dall'art. 16 del trattato di Parigi. (2) I poteri della Commissione precisati ed estesi da quest'atto in guisa da arrivare quasi alla creazione di una nuova personalità internazionale, furono prorogati prima per altri cinque anni e poi dal trattato del 13 marzo 1871 per altri dodici. Il trattato di Berlino del 1878, che espressamente dichiarò essere il Danubio d'interesse europeo (art. 52), confermò tutti i trattati, accordi, atti e decisioni relativi ai diritti, privilegi, prerogative e obbligazioni della Commissione europea ed estese l'esercizio delle sue funzioni fino a Galatz *in una completa indipendenza dall'autorità territoriale;* ammise però nel suo seno un delegato della Rumania (art. 53) e concesse a delegati degli Stati rivieraschi di *assistere* alla elaborazione compiuta dalla Commissione europea dei regola-

---

(1) Poinsard, op. cit., pagg. 100-1.

(2) Vedi l'atto del 2 novembre 1865 in Palma « Trattati e convenzioni », parte I, pagg. 247-283.

menti di navigazione, di polizia fluviale e di sorveglianza dalle Porte di Ferro sino a Galatz (art. 55).

Pareva così che almeno rispetto al medio Danubio avessero avuto prevalenza i più corretti principî di diritto internazionale amministrativo, i quali impongono che tutti gli Stati senza esclusione alcuna determinata da minore importanza politica prendano parte al regolamento dei comuni interessi. Ma non così la intendevano le Potenze, le quali convocata una conferenza a Londra per risolvere i gravi conflitti, a cui aveva dato origine l'esecuzione da dare al regolamento previsto dall'art. 55 del trattato di Berlino, invitarono la Rumania e la Serbia a mandarvi dei delegati a semplice titolo consultivo. La Rumania dichiarò, che ammessa già su un piede d'eguaglianza nella Commissione europea dal trattato di Berlino, interessata d'altra parte al più alto grado nella questione, essa doveva figurare alla Conferenza con voto deliberativo; e poichè tale giusta pretesa fu rigettata per il motivo che la Conferenza doveva considerarsi come una continuazione del Congresso di Berlino e non potevano quindi ammettervisi nuovi membri, essa senz'altro si ritirò protestando. (1) La Conferenza passando sopra a questa protesta e a quella analoga della Serbia segnò il trattato di Londra del 10 marzo 1883, il quale per altro, poichè la Rumania rifiutò di aderirvi, restò nella sua parte sostanziale lettera morta, avendo le Potenze rigettato la domanda dell'Austria d'imporglielo colla forza. (2) È questa la prova migliore dei danni, che risente l'amministrazione internazionale, quando di fronte ad essa tutti gli Stati non vogliono ritenersi uguali; ed è al tempo stesso un caso fortunato, che mostra l'insuccesso, al quale è talora destinata l'azione assolutista delle grandi Po-

---

(1) Poinsard, op. cit., pag. 106.

(2) Il trattato di Londra prorogò i poteri della Commissione europea per 21 anni con tacita riconduzione di 3 in 3 anni salva denuncia prima di questo termine ed inoltre li estese a monte di Galatz fino a Braïla, limitandoli però nei bracci che conducono al mare, eccetto quello di Sulina, a favore della Rumania e particolarmente della Russia.

tenze, che nei rapporti amministrativi meno che negli altri può pretendere una completa giustificazione.

A nuove ed elegantissime questioni si presta l'articolo 57 del trattato di Berlino, il quale dispone: « L'esecuzione dei lavori destinati a fare sparire gli ostacoli, che le Porte di Ferro e le cateratte oppongono alla navigazione è confidata all'Austria-Ungheria. Gli Stati rivieraschi di questa parte del fiume accorderanno tutte le facilitazioni, che potranno essere richieste nell'interesse dei lavori. Le disposizioni dell'articolo 6 del trattato di Londra del 13 marzo 1871, relative al diritto di percepire una tassa provvisoria per coprire le spese di questi lavori, sono mantenute in favore dell'Austria-Ungheria ». Qualunque siano stati i motivi che di fatto giustificarono tale disposizione (1), è certo che essa presenta una delle più caratteristiche anormalità nell'ordine dei rapporti amministrativi originati dall'azione delle grandi Potenze.

Il concetto dell'*espropriazione per causa di pubblica utilità* non è così strettamente connesso e rinchiuso nel campo della proprietà privata da doversene *a priori* escludere qualunque applicazione alla sovranità. Senza addentrarsi in un tema, nel quale si collegano i più alti problemi di diritto internazionale, possiamo soltanto osservare come la mancanza di un'autorità superiore ai singoli Stati e perciò competente a decidere del conflitto fra l'interesse particolare e quello generale, debba rendere la scienza sommamente cauta nel dare la propria legittimazione ai tentativi d'introdurre quell'istituto nella vita internazionale. Senonchè questa procede rapida nel suo moto progressivo e specialmente nei rapporti con popoli meno civili, offrenti talora una resistenza irriducibile, si trova sospinta dalla necessità ad imporre nel territorio soggetto ad una data sovranità l'esecuzione di opere destinate alla tutela di interessi collettivi. Si ha in sostanza una ripercussione nel campo interna-

---

(1) Vedi in proposito l'articolo del Blociszewski « Le nouveau canal des Portes de Fer, sa valeur au point de vue de la navigation internationale » nella *Revue gén. de droit intern. pub.*, 1897, pagg. 104-123.

zionale del fenomeno, che dove più dove meno si verifica in tutti gli Stati moderni, presso i quali appunto l'espropriazione per causa di pubblica utilità ha acquistato una sempre progrediente importanza a motivo della costruzione delle strade ferrate e delle esigenze commerciali ed edilizie. Certo gli Stati non possono usare nei riguardi della sovranità gli stessi procedimenti, che all'interno di ciascuno Stato vengono usati in rapporto alla proprietà privata; evidentemente perchè così fosse, almeno in via di analogia, occorrerebbe che la società internazionale fosse politicamente organizzata. Occorrono dunque sempre degli accomodamenti, che salvaguardino almeno nelle esteriori apparenze i diritti della sovranità territoriale; può in proposito servire di esempio la citata convenzione del 31 maggio 1865 per l'amministrazione e il mantenimento di un faro al Capo Spartel (1). Anche quando non si tratta che di salvare le apparenze e di dare forma giuridica ad una imposizione, è sempre consigliabile di addivenire ad un accordo diretto collo Stato la cui sovranità viene ad essere limitata; una cosa si deve sopratutto osservare, ed è che alla dichiarazione della pubblica utilità internazionale, sulla cui base si procede alla totale o parziale espropriazione di una data sovranità, prendano parte tutti gli Stati interessati. Tale dichiarazione non può certo nel campo internazionale essere presidiata di tutte quelle garanzie, che offre il diritto amministrativo interno nei riguardi della proprietà; ma non è a dire che anche nell'attuale condizione imperfetta della società degli Stati non possano adottarsi delle norme di sufficiente garanzia. Di due interessi in contrasto perchè uno debba cedere con sacrifizio della sovranità occorre sia determinata una notevole prevalenza a favore dell'altro. Questa prevalenza deve basarsi non solamente sulla qualità dell'interesse ma anche sulla sua estensione; deve trattarsi in altri termini di un interesse collettivo di tutti gli Stati o di molti fra essi. Il giudizio, che dovrebbe logicamente affidarsi ad un'autorità superiore ora inesistente, deve per necessità di cose

(1) Palma « Trattati e convenzioni », parte I, pagg. 315-316.

rimettersi a tutti gli Stati associati o fra essi a quella collettività, che è direttamente interessata. Il diritto internazionale pubblico non offre attualmente a quello amministrativo soluzione migliore. Ma si tratta sempre di un ripiego, a cui la scienza consente a malincuore; non potrebbe quindi mai ammettersi un così grave peggioramento come quello risultante dall'egemonia di alcuni Stati fra i molti interessati. In questo senso e per questo motivo credemmo di dover criticare l'opera delle grandi Potenze rispetto al Danubio; e in tale critica è anche coinvolta la delegazione data all'Austria-Ungheria di compiere delle opere in un territorio situato all'infuori delle sue frontiere.

La concessione fatta all'Austria dall'articolo 57 del trattato di Berlino e analoga a quelle che il diritto amministrativo interno conosce (1), ha un'importanza giuridica tutta speciale. Dalla stipulazione stessa contenuta in quell'articolo risulta a favore delle Potenze mandanti il diritto di veder compiuti i lavori non solo, ma anche di verificare se questi corrispondano effettivamente alle esigenze della navigazione. È questo un concetto che si deduce non tanto dall'analogia col diritto amministrativo interno quanto da idee giuridiche generali; esso viene poi rafforzato dall'esistenza di un correspettivo, che le Potenze accordavano all'Austria mediante tasse di navigazione destinate a coprire le spese dei lavori e in questo senso paragonabili ai diritti di pedaggio, che vengono per esempio concessi dall'auto-

---

(1) È veramente interessante l'osservare in questo caso non soltanto la rigorosa applicazione nel campo del diritto internazionale amministrativo di un istituto di diritto amministrativo puro, ma anche l'intreccio dei due ordini giuridici in rapporto ad uno stesso istituto. Infatti l'esecuzione dei lavori, che le Potenze avevano concessa all'Austria, fu da questa a sua volta confidata allo Stato Ungherese, il quale se l'assunse con una legge del 1888 mediante il diritto di percepire di tasse di transito previste dai trattati di Londra e di Berlino. Lo Stato Ungherese poi concluse un contratto con una società, formata per la massima parte di capitalisti tedeschi, la quale si assunse l'esecuzione dei lavori per 10 milioni e mezzo di fiorini con l'obbligo di terminarli entro il 1898. Vedi Blociszewski, art. cit, pagg. 109-110.

rità amministrativa di uno Stato come compenso ad un' impresa costruttrice di un ponte. Così non si può che dar ragione al Blociszewski, il quale dopo aver cercato di dimostrare che i lavori compiuti alle Porte di Ferro non assicurano sufficientemente la navigazione e non rispondono alle stipulazioni del trattato di Berlino, conclude in linea di diritto che, se il governo austro-ungarico non cercasse di rimediare alla situazione, ciascuna delle Potenze firmatarie del trattato avrebbe titolo per reclamare la perfetta esecuzione degl' impegni presi da quel governo (1). Tutto ciò è bene esatto; ma se in generale altro è avere un diritto, altro il farlo valere, tale differenza è molto più che altrove sensibile nei rapporti internazionali, nei quali troppo spesso entra e predomina l' elemento politico. Già l' articolo 57 del trattato di Berlino era una vera concessione fatta alle pretese dell'Austria, la quale aveva tutto l' interesse a protrarre indefinitamente il compimento dei lavori per poter riservare il monopolio della navigazione ai battelli del Lloyd, che sono specialmente costruiti in modo da superare le rapide delle Porte di Ferro, ed ha quindi anche tutto l' interesse a che dei lavori costruiti non si avvantaggi la navigazione in generale. E poichè è assai dubbio che le Potenze, già così benevole a Berlino, vogliano poi mostrarsi severe verso l'Austria, tutti gli Stati marittimi non vedrebbero tutelati i loro interessi da quel concerto europeo, che ne aveva assunto l' esclusiva direzione, e sarebbero al tempo stesso privi di qualsiasi via di ricorso verso l'Austria, trattandosi nei loro riguardi di una *res inter alios acta.*

VI.

Gli esempî che abbiamo ricordati e gli analoghi che potrebbero ricordarsi appartengono ad una categoria anormale di rapporti internazionali amministrativi, la quale avendo un destino storico essenzialmente transitorio scomparirà quando sarà più esteso sulla terra l' impero della coscienza. In tutti

(1) Blociszewski, art. cit., pag. 119.

gli altri rapporti internazionali amministrativi, che costituiscono la normalità, è essenziale il concetto della perfetta uguaglianza di tutti gli Stati, che prendono parte al regolamento di comuni interessi sociali, e della loro più perfetta reciprocanza di servizi. Si ha anzi ogni ragione per rilevare come in nessun altro ordine di rapporti come in questo si riscontri una così grande estensione d'impero del diritto internazionale, di guisa che se possa ammettersi col Lorimer la determinazione di tre sfere concentriche, quella dell'umanità civile, che ha il pieno riconoscimento politico e partecipa a tutto l'insieme del diritto internazionale, quella dell'umanità barbara, a cui in virtù di un riconoscimento politico parziale il diritto internazionale è applicabile soltanto in parte, e quella del riconoscimento puramente umano che comprende il resto dell'umanità (1), bisogna convenire che il diritto internazionale amministrativo rientra appunto in quella parte del diritto internazionale che è applicabile anche all'umanità barbara. Vedremo subito di qual natura sia l'influenza derivante anche in proposito dalla differenza di civiltà; ci preme ora di notare che la maggiore estensione degl'interessi nell'insieme di quelli che richiedono una tutela collettiva non genera negli Stati grandi e potenti alcuna prevalenza di diritto, rafforzando soltanto in essi la facoltà d'iniziativa, che è concessa a tutti, nel promuovere l'azione comune. Si verifica infatti nella società internazionale qualche cosa di simile a quello che accade nei parlamenti: ciascun membro ha il diritto d'iniziativa delle leggi, ma nella pratica esso viene normalmente esercitato dal gabinetto, il quale è appunto nelle condizioni di poterlo esercitare con maggiore probabilità di successo (2).

---

(1) Lorimer « Principes du droit international », trad. Nys, pagine 65 e segg.

(2) Il prof. Olivi in un articolo pubblicato nella *Revue catholique des institutions et du droit* (gennaio 1901) e riprodotto in sunto nella *Rivista internazionale di scienze sociali* (febbraio 1901) scrive, che la missione delle grandi Potenze nel diritto internazionale deve esplicarsi non solo nell'im-

L'azione di più Stati deliberanti con uguali diritti sui propri comuni interessi è un fenomeno della più alta importanza non solo in quanto essa è dotata in grado eminente di forza generatrice di diritto internazionale, ma anche e sopratutto in quanto fornisce i primi elementi della tanto sospirata organizzazione giuridica della società degli Stati. Il lirismo degli utopisti qui prende ansa a spiccare i suoi voli e a determinare quanto si può e si deve operare nel campo politico partendo dalla osservazione di quanto si è fatto nel campo sociale. Quanto a noi la nostra fede nell'avvenire non è del tutto priva di scetticismo; d'altra parte non ci sembra che sia il caso di fare della poesia proprio in un campo di rapporti internazionali, in cui domina fortunatamente la ragione giuridica. In ogni modo non occorre allontanarsi dalla osservazione positiva per ritenere che i legami sempre più intimi, che si stabiliscono fra gli Stati per la gestione di generali interessi amministrativi, mentre esprimono la tendenza generale del nostro tempo a riorganizzare le relazioni internazionali, serviranno di incentivo a ricercare l'accordo pure sul terreno politico, e che scientificamente i grandi progressi fatti da quello che il Lardy, inaugurando la sessione di Neuchâtel del 1900 dell' Istituto di diritto internazionale, chiamava felicemente *diritto pubblico sociale*, reagiranno su tutto il complesso organismo del diritto internazionale.

Noi intanto possiamo felicitarci, che anzichè perseguire il remoto ideale di una integrale riforma della società degli Stati, questi siano discesi ai dettagli passando dalla politica all'am-

---

pedire o reprimere qualunque violazione della giustizia e dell'ordine internazionale, ma anche nel promuovere l'introduzione di sistemi, leggi o regolamenti corrispondenti ai bisogni più generali della vita internazionale. In tal guisa la supremazia delle grandi Potenze non deve limitarsi al dominio giuridico, ma deve estendersi a tutti i rami della vita sociale. Ad esse spetta naturalmente per i vigorosi mezzi di azione di cui dispongono la tutela dei grandi interessi della società internazionale e la direzione del loro movimento; donde deriva il titolo della loro ingerenza, quando uno Stato non possa o non voglia adempiere ai suoi doveri sia nel campo del diritto che in quello degl'interessi sociali.

ministrazione (1); e possiamo al tempo stesso constatare che i risultati così finora ottenuti presentano già un buon contenuto positivo dell'astratta e negativa *pace perpetua* (2).

La nota saliente dell'azione collettiva compiuta dagli Stati nel campo dell'amministrazione internazionale entro la seconda metà del secolo testè scorso e che ha posto già larghe fondamenta a quella che lo Stein chiama giustamente la più grandiosa formazione giuridica che la storia del mondo ricordi, consiste sopratutto in organismi permanenti, i quali presentano il miglior adattamento che sia possibile all'ordine internazionale dei principî e degli istituti che sono propri all'ordine interno. La costituzione delle Unioni generali amministrative degli Stati (3) è tutta preordinata al compimento sia pure imperfetto delle funzioni, che sarebbero dei tre poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario. Così tutti gli Stati hanno uguali diritti nelle deliberazioni, da cui risultano i trattati collettivi, i quali costituiscono vere sorgenti di diritto internazionale e presentano, come da più parti si è osservato, la più grande analogia colle leggi propriamente dette. Senonchè gli Stati non si trovano nella condizione, in cui sono i cittadini di fronte alle leggi; essi non si sottopongono a delle norme di diritto che per spontanea volontà e libero consenso. Inoltre i congressi o conferenze, che si riuniscono periodicamente o quando si fa sentire la necessità di procedere alla revisione delle convenzioni esistenti, non sono assemblee, in cui la maggioranza detti legge alla minoranza; le loro risoluzioni non hanno forza giuridica che quando hanno avuto il consenso di tutti i partecipanti. L'esecuzione delle deliberazioni è in genere affidata ad un ufficio centrale di carattere burocratico, che ha impiegati internazionali, è mantenuto a

---

(1) Kazansky « Les premiers éléments de l'organisation universelle » in *Revue de droit international*, 1897, pag. 238-247.

(2) v. Stein, op. cit., pag. 93.

(3) Per la bibliografia sull'argomento rimando a quella abbastanza completa contenuta in Bonfils, op. cit., 2ª ediz., pag. 456 specialmente in nota.

spese comuni degli Stati unionisti ed esercita le sue funzioni sotto la sorveglianza del governo del paese, dove ha sede l'Unione. Queste funzioni, varie secondo le Unioni, possono sostanzialmente riassumersi col Kazansky nel modo seguente:

1. — Funzioni scientifico-amministrative: esecuzione di diverse ricerche scientifiche e pratiche per i partecipanti e per l'Unione; calcoli statistici ed altri lavori simili; edizione del giornale dell'Unione; pubblicazione dei processi verbali delle conferenze e di altri documenti indispensabili per queste riunioni.

2. — Funzioni formali amministrative: funzione d'intermediario fra i governi firmatarî per i loro scambi di vedute; spedizione di notizie, annunzi, pubblicazioni, inchieste, progetti; cura della biblioteca, degli archivi e di ogni proprietà privata dell'Unione; esecuzione dei lavori preparatorî per le conferenze. In tre Unioni l'ufficio partecipa ai conti rispettivi degli Stati per gli affari delle Unioni; in una dirige la registrazione di certi atti; in un'altra ha il diritto di dare il suo parere ufficiale, se insorgono difficoltà fra gli Unionisti (1).

Come si vede, gli uffici internazionali non hanno autorità propria; per importanti che siano le loro funzioni, esse non giungono mai alla potestà di ordinare, non determinano mai una vera e propria sovrapposizione di un'amministrazione internazionale alle singole amministrazioni nazionali relative all'oggetto dell'Unione. Pare al Renault, che concedendo maggiori poteri gli Stati abdicherebbero ad una parte della loro sovranità; egli quindi consiglia agli Stati stessi di vegliare da sè e coi mezzi diplomatici ordinari all'esecuzione della convenzione (2). In linea di fatto possiamo osservare che altri organi della società internazionale diversi dagli uffici delle Unioni (3) hanno

---

(1) Kazansky, art. cit., pag. 244-245

(2) Renault « Les Unions internationales, leurs avantages et leurs inconvénients » in *Rec. gén. de droit intern. pub.*, 1896, pagg. 14-26.

(3) Vedi nel v. Liszt, op. cit., pagg. 93-95, l'enumerazione di questi speciali organi amministrativi internazionali diversi dagli uffici delle Unioni.

funzioni molto più importanti di quelle delegate a questi ultimi; ricordiamo in proposito quanto è stato detto circa la Commissione europea per la navigazione del Danubio e aggiungiamo come nuovo esempio la menzione del Consiglio sanitario marittimo e quarantenario d'Egitto, del quale la composizione, le attribuzioni e il funzionamento furono esattamente determinati dalla Convenzione sanitaria internazionale di Venezia del 30 gennaio 1892 (annesso III), la quale istituì anche per il servizio del transito in quarantena un corpo di guardie sanitarie, reclutate fra gli antichi sott'ufficiali dell'esercito e della marina dei paesi europei e dell'Egitto, e rivestite del carattere di agenti della forza pubblica con diritto di requisizione in caso d'infrazione ai regolamenti sanitari (annesso IV) (1). In linea di diritto non sapremmo in tutto convenire nelle preoccupazioni del Renault ispirate a un esagerato concetto dell'autonomia dei singoli Stati. Questi infatti non potranno mai organizzare la loro vita collettiva con minore sacrifizio della loro indipendente sovranità che per mezzo di un qualche adattamento di forma federativa; ma il sacrifizio di sovranità richiesto dalla costituzione in tal modo necessaria di organi superiori si concreta tutto in una delegazione di poteri, a cui tutti concorrono. E *delegazione* non è *abdicazione*. Tutta la questione sta nel determinare la misura dei poteri da delegare all'organo per comune consenso costituito perchè esso raggiunga nella miglior maniera possibile lo scopo cui è destinato. Così trattandosi degli uffici centrali delle Unioni nessuno scrupolo giuridico dovrebbe trattenere dall'attribuire loro quelle funzioni, che si ravvisino necessarie per gli scopi delle Unioni stesse.

---

(1) La Convenzione, resa esecutiva in Italia con regio decreto 30 novembre 1893, n. 691, è integralmente riportata nel *Boll. del Ministero degli affari esteri*, gennaio 1894, pagg. 48-79. — In proposito vedi anche la Convenzione internazionale sanitaria conclusa a Parigi il 3 aprile 1894 e resa esecutiva in Italia con regio decreto 3 luglio 1898, n. 306 (*Gazz. uff.*, 22 luglio 1898, n. 169); e l'altra conclusa a Venezia il 19 marzo 1897 e resa esecutiva in Italia con regio decreto 12 gennaio 1900, n. 23 (*Gazz. uff.*, 12 febbraio 1900, n. 35).

Quello che si è detto per quella pallida rappresentazione di potere esecutivo, che viene generalmente organizzato dagli Stati unionisti mercè gli uffici centrali, vale anche per la costituzione di una giurisdizione amministrativa internazionale. Nei trattati di Unione è spesso previsto un tribunale arbitrale, di cui vengono determinate la composizione, la competenza e la procedura, e che talvolta è permanente, talaltra si riunisce di caso in caso presentandosene la necessità. Dopo aver constatato la grande estensione acquistata dall'arbitrato mercè quei trattati e dedotto da ciò una riprova del fatto che l'arbitrato trova il suo migliore terreno d'applicazione nelle quistioni sociali o amministrative internazionali piuttosto che in quelle politiche, possiamo osservare che anche nei riguardi della giurisdizione esiste attualmente una grande differenza fra l'ordine interno e quello internazionale, poichè in quest'ultimo l'autorità del tribunale riposa unicamente sul libero consenso delle parti.

Le Unioni danno la migliore dimostrazione, che desiderar si potesse, del principio già da noi accolto, che pone la comunanza delle funzioni a fondamento della società degli Stati. Loro scopo specifico è infatti appunto quello di coordinare certe funzioni comuni alla generalità degli Stati. In ciò anzitutto si determina un limite all' indefinita estensione delle Unioni, non potendosi concepire la formazione di una Unione generale amministrativa senza la generale costituzione nei diversi Stati dei pubblici servizi che si tratta di coordinare. E noi abbiamo parlato pensatamente di generalità e non di *universalità,* giacchè se si dovesse pretendere quest'ultima nelle condizioni attuali dell'umanità nessuna Unione sarebbe possibile. Basta dapprima un forte gruppo di Stati civili; la forza stessa delle cose farà poi estendere l'Unione mediante la successiva adesione degli Stati, che abbiano nel loro interno organizzato il pubblico servizio relativo e compresa l'utilità di coordinare l'azione di quest'ultimo con quelli degli altri Stati. In tal guisa il processo d'estensione può veramente arrivare alla universalità, come è avvenuto per l'Unione postale, che ora a buon diritto si chiama *Unione postale universale.* Senonchè non basta che presso la

generalità degli Stati sia organizzato un certo servizio pubblico; occorre anche per la formazione di una Unione, che le basi di quella organizzazione siano sostanzialmente identiche presso i diversi Stati e si possa ragionevolmente presumere che ciascuno di questi avrà la volontà e il potere di eseguire gli obblighi risultanti dalla convenzione. Da ciò giustamente il Renault deduce la norma, che la convenzione stessa non deve implicare una troppo grande fiducia nelle istituzioni rispettive; trascurando questa norma, siccome non esiste facoltà di esclusione a danno di uno Stato unionista che fornisse motivo a reclami (1), si avrebbero degl' inconvenienti irrimediabili nel funzionamento dell'Unione. Anche data la stessa base di organizzazione amministrativa nei diversi paesi, rimangono sempre tali differenze di sviluppo e di dettagli che il contenuto del trattato deve limitarsi ai principî generali comuni a tutti gli Stati. Così l'associazione non può essere molto intima; la sua estensione genera necessariamente difetto d' intensità e di adattamento. Ma se le disposizioni di un trattato d'Unione rappresentano il minimo accettabile dall' insieme degli Unionisti, ne deriva che il livello uniforme è determinato dagli Stati meno avanzati; a questo inconveniente si ripara colle clausole facoltative, colle convenzioni particolari e colle Unioni ristrette fra membri dell'Unione principale (2).

Il fatto che nel trattato collettivo sono fissati soltanto dei principî generali, se rende da un lato possibile e non pericolosa l'accessione di nuovi Stati, semplifica d'altro canto la procedura che viene determinata per l'accessione stessa, dovendosi logicamente presumere che i nuovi Stati aderenti abbiano co-

---

(1) Il Renault (art. cit., pag. 21-22), parlando degli svantaggi che presenta l' Unione in confronto di un trattato isolato, osserva, che se la prima non funziona bene riguardo a un dato paese, gli altri Stati saranno più facilmente indotti a subire il trattato d'Unione anzichè a denunziarlo, poichè la denuncia farebbe cessare gli effetti non solo riguardo al paese che dà motivo a lamenti, ma anche riguardo a tutti gli altri membri dell'associazione.

(2) Renault, art. cit., pag. 23.

stituita l'amministrazione interna in modo da permettere loro la leale ed intera osservanza degli obblighi risultanti dal trattato d'Unione. Ma facilmente si comprende come tale regola debba subire delle limitazioni nell'interesse del retto funzionamento dell'Unione stessa, quando la materia di questa è per sua natura così complicata da obbligare gli Stati primi unionisti a non avere una cieca fiducia nell'ordinamento amministrativo degli altri Stati, che volessero in seguito entrare nell'Unione. Così pienamente si giustificano le norme relativamente rigorose per la procedura d'accessione alla convenzione internazionale di Berna del 14 ottobre 1890 per il trasporto delle merci in ferrovia, norme fissate da un protocollo addizionale del 20 settembre 1893, che fu reso esecutivo in Italia con legge 15 decembre 1895, n. 719 (1). E la giustificazione deriva da ciò, che la convenzione di Berna non lega soltanto delle amministrazioni di Stato, ma anche delle amministrazioni private, che si trovano costrette ad avere con quelle degl'importanti rapporti finanziarî; donde la necessità, prima di ammettere un nuovo Stato nell'associazione, di vedere se il regime giuridico e finanziario a cui le sue ferrovie sono sottoposte offre le garanzie desiderabili (2).

Il più notevole carattere storico delle Unioni è quello della progressiva intensificazione della loro opera unificatrice. I principî generali che cominciano coll'essere fissati vanno a grado a grado sempre più estendendosi a danno della legislazione interna dei singoli Stati, in guisa da giustificare in parte l'opinione di coloro che nell'opera delle Unioni vedono il principio di un auspicato diritto universale (3). Che le Unioni siano un agente attivissimo dell'unificazione legislativa nelle materie alle quali esse si applicano si spiega agevolmente colle osserva-

---

(1) *Gazzetta ufficiale* 8 gennaio 1896, n. 5.

(2) Vedi Numa Droz, art. cit. nella *Rec. gén. de droit intern. pub.*, 1895, pag. 180-181.

(3) Cfr. Meili, Die internationalen Unionen; Leipzig, Duncker und Humblot, 1889, pag. 57-58 e 75-77.

zioni d'indole psicologica dovute al Renault; non v'ha dubbio infatti da un lato che quanto maggiore è il ravvicinamento tanto più le differenze urtano e dall'altro che la pressione morale esercitata da un gruppo considerevole di Stati all'effetto di modificare la legislazione interna è ben più energica che non l'influenza di uno Stato isolato (1). I limiti logici a un progresso indefinito dell'unificazione stanno assai più nell'indole stessa dei rapporti (2) e nelle irriducibili peculiarità onde questi si presentano nei diversi Stati che non nella gelosa autonomia legislativa delle singole sovranità; quest'ultima piuttosto può raffigurarsi come un ostacolo spesso irragionevole al raggiungimento di quei limiti. I quali appunto per il loro carattere di variabilità in rapporto ai diversi obbietti non possono essere con esattezza ed in generale definiti; ma una volta che per un dato obbietto si sia proceduto a tale definizione la corrispondenza sua nella pratica è una condizione essenziale al completo sviluppo di quel dato ordine di rapporti amministrativi internazionali. L'estesissimo e perfetto funzionamento del servizio postale internazionale è forse fra le altre la prova migliore della qualità di risultati che si ottengono spingendo l'unificazione sino ai limiti del possibile (3); mentre per converso il servizio sanitario internazionale, che è ben lungi ancora dall'avere acquistato l'efficacia desiderabile, può offrire un esempio delle non liete conseguenze derivanti dalla mancanza di un perfetto accordo intorno ad un

(1) Renault, art. cit., pag. 17-19.

(2) Il Renault, per esempio, osserva che l'unificazione legislativa si opera su più vasta scala nelle Unioni, che hanno un carattere più giuridico, che riguardano direttamente la legislazione e non servizî amministrativi; così, egli dice, è avvenuto nell'Unione per la protezione della proprietà industriale, così si può sin d'ora prevedere avverrà nell'Unione per i trasporti delle merci per ferrovia. — Vedi sulla storia di queste due Unioni Poinsard, op. cit., pag. 558 e segg. e pag. 150 e segg.

(3) Vedi al riguardo in Poinsard, op. cit., pag. 223-240, la storia della formazione e dell'organizzazione dell'Unione postale universale, aggiungendo le convenzioni internazionali stipulate a Washington il 15 giugno 1897 e rese fra noi esecutive con legge del 2 marzo 1899, n. 65 (*Gazz. uff.*, 16 marzo 1899, n. 63), nonchè i regolamenti per la loro applicazione

regolamento giuridico uniforme, a cui oppongono i maggiori ostacoli le difficoltà intrinseche della materia non meno che l'invincibile ritrosia di alcuni Stati a modificare la loro interna legislazione (1).

VII.

Le Unioni internazionali, delle quali abbiamo rapidamente tracciate le linee più salienti, costituiscono per dir così una

---

resi fra noi esecutivi con regio decreto 3 aprile 1899, n. 142 (*Gazz. uff.* 6 e 9 maggio 1899). È da notare che mentre la legge citata per uniformarsi agli accordi internazionali modificava in parte la legge postale testo unico, 20 giugno 1889, n. 6151, serie 3ª, il decreto introduceva a sua volta delle modificazioni al regolamento postale interno approvato con regio decreto 2 luglio 1890, n. 6954.

(1) Nel 1851 su proposta del governo francese si riunì a Parigi la prima Conferenza sanitaria internazionale; ma la convenzione del 3 febbraio 1852 e il regolamento annesso, che pose le basi di un sistema uniforme per tutti i porti del Mediterraneo coll'istituzione delle quarantene e dei lazzaretti, non ebbero quasi affatto esecuzione pratica appunto perchè l'uniformità del regime amministrativo troppo apertamente contrariava le abitudini proprie a ciascun paese. Dopo questo primo insuccesso in tutte le successive Conferenze apparve la preoccupazione dei governi di sacrificare il meno possibile della loro autonomia legislativa, aumentando in tal modo le difficoltà già gravi che s'incontrano per raggiungere lo scopo di elaborare un insieme di misure generali e particolari costituenti il massimo delle precauzioni da prendere contro la propagazione delle epidemie e il minimo d'ostacoli da apporre al commercio e al transito dei viaggiatori. Così nella prima Conferenza di Venezia, da cui derivò la convenzione del 30 gennaio 1892, i rappresentanti diplomatici dell'Olanda, della Turchia e del Portogallo riservarono espressamente la libertà legislativa dei rispettivi paesi, esclusero cioè che la convenzione internazionale modificasse la legislazione sanitaria vigente in quei paesi e che in essi dovessero promulgarsi delle nuove disposizioni penali per effetto di alcuna delle clausole della convenzione. Qualche cosa di simile avvenne nella seconda Conferenza di Venezia del 1897; nonostante l'esperienza dell'anno precedente, in cui le misure speciali prese dai diversi governi contro la peste dell'India si erano mostrate inefficaci per difetto di uniformità, vari Stati firmatari fecero riserve per certe disposizioni della convenzione, che avevano appunto lo scopo di togliere il lamentato inconveniente.

manifestazione ufficiale dell'attività collettiva degli Stati nel campo dei rapporti amministrativi. Non meno notevole e forse più caratteristico è lo svolgersi nello stesso ordine di rapporti dell'attività individuale talora completamente libera talaltra per qualche via indiretta legata all'azione degli Stati. Questo nuovo fenomeno interessantissimo della vita internazionale venne per la prima volta distintamente avvertito dal Buzzati a proposito del Comitato internazionale della Croce Rossa (1). Osservato come quest'ultimo sia un'istituzione privata senza alcuna posizione ufficiale e senza formale riconoscimento da parte degli Stati firmatarî della convenzione di Ginevra ed abbia tuttavia i caratteri e l'importanza di un vero organo internazionale, in quanto è in rapporti diretti coi governi di tutti i paesi, serve di punto di collegamento fra i comitati dei diversi Stati ed esercita su di essi una specie di supremazia, il Buzzati intende, se possibile, ricollegare ai principî noti una situazione giuridica che si presenta così nuova e strana. La commissione di cinque membri nominata in seno alla Società d'utilità pubblica di Ginevra, rivolgendosi direttamente ai sovrani e ai governi senza intermediario di alcuna autorità diplomatica seppe riunire la conferenza di Ginevra del 26 ottobre 1863, realizzare le deliberazioni di questa e redigere a titolo ufficioso il progetto che divenne poi il trattato del 22 agosto 1864. Conservando il suo carattere del tutto privato pur dopo la trasformazione in comitato internazionale avvenuta nella conferenza del 1863, essa continuò la sua azione ufficiosa presso i governi eccitando quelli ancora incerti a firmare la convenzione del 1864, prendendo l'iniziativa di nuove conferenze diplomatiche, mantenendo in occasione di guerre continui rapporti coi belligeranti e all'occasione richiamando questi ultimi alla osservanza della convenzione. Il carattere apparentemente ufficiale del comitato, già

---

(1) Buzzati, « La cinquième conférence internationale des sociétés de la Croix-Rouge. Compte-rendu critique » (*Revue de droit international*, 1894).

così notevole per la multiforme ma sempre intensa e gloriosa sua azione, è adesso ancor più accentuato in forza della consuetudine invalsa dopo il 1876, per la quale una società che voglia affiliarsi all'opera della Croce Rossa ne rivolge domanda al comitato internazionale, che esaminati i suoi statuti per vedere se essi sono conformi alle basi poste nel 1863 manda una circolare ai comitati centrali per informarli e invitarli ad entrare in rapporti colla nuova società. Tale supremazia, che il comitato esercita sulle numerose società della Croce Rossa, è tanto più notevole in quanto queste ultime, sebbene diversamente costituite a seconda dei varî paesi, sono sempre in rapporti di più o meno stretta dipendenza coi rispettivi governi, donde la stranezza di società di diverse nazionalità aventi tutte un carattere ufficiale, che domandano ed ottengono una specie d'investitura ed obbediscono all'autorità di un comitato internazionale, che non è stato mai riconosciuto formalmente dalle Potenze.

Dopo avere accennato ai numerosi tentativi fatti dagli amici della Croce Rossa per togliere l'anomalia della situazione del comitato di Ginevra, il Buzzati crede che questo, pur così come ora esiste, debba farsi rientrare nel gran quadro del diritto internazionale amministrativo, istituendo in proposito un parallelo fra le funzioni del comitato stesso e quelle normalmente compiute dagli uffici internazionali delle Unioni. L'unica differenza consistente nel fatto che questi sono istituiti e riconosciuti dagli Stati mentre quello no, proviene da ciò che gli uffici delle Unioni esistono per l'amministrazione internazionale di funzioni pubbliche esercitate dallo Stato o in ogni modo completamente sottoposte all'autorità dello Stato, mentre il comitato di Ginevra esiste per coordinare gli sforzi comuni di società, nelle quali il maggior posto è lasciato all'iniziativa e all'attività privata. Coll'intreccio e l'accrescimento continuo degli interessi e dei rapporti internazionali l'individuo oltre i bisogni che corrispondono alle normali attribuzioni dello Stato ne acquista molti altri, che non possono da lui essere soddisfatti in modo perfetto senza collegare la propria attività con quella degl'individui che negli altri Stati provano gli stessi bisogni; di qui « la formation et

le développement des unions internationales privées différentes et diversement organisées selon le but qu' elles poursuivront, mais probablement divisées en autant de sociétés qu' il y aura de peuples intéressés, et réunies, coordonnées et représentées par un comité international ». Gli Stati non potranno rifiutare di entrare in rapporti con questo comitato e di prestargli all'occorrenza il loro aiuto col pretesto della mancanza di un riconoscimento ufficiale, il quale da un lato non può essere legittimamente imposto e dall'altro è bene non sia sollecitato per evitare quei pericoli, che furono saggiamente intuiti dalle società della Croce Rossa allorchè rifiutarono di domandare agli Stati il formale riconoscimento del loro comitato internazionale. Ravvisando nell'autorità del comitato di Ginevra il primo esempio degl'importanti risultati, ai quali può arrivare l'attività individuale nella vita internazionale, il Buzzati conclude: « On ne peut pas prévoir dans quel temps et avec quelle intensité pourra se développer cette organisation internationale des activités individuelles qu' il me semble voir se former dans l'avenir; mais si réellement cette organisation se développe, n' y aurait-il pas là une serie de rapports internationaux différents de tous les autres, d'une nature tout à fait particulière et d'une importance très remarquable? et un nouveau champ ouvert aux études des juristes et aux spéculations du droit administratif international? ».

Certo l'esempio della Croce Rossa, da cui mosse il Buzzati per accennare all'esistenza del nuovissimo ordine di rapporti internazionali, è assai caratteristico, e come tale ferma subito l'attenzione, ma non è davvero il solo; chè anzi pare si possa omai dire essersi in questi ultimi anni largamente sviluppata quell'organizzazione internazionale delle attività individuali, che il Buzzati vedeva soltanto formarsi nell'avvenire. In tale organizzazione il servizio internazionale della Croce Rossa può raffigurarsi come il più alto gradino di una scala discendente, nella quale siano disposte tutte le varie forme di private associazioni internazionali in un ordine derivante dal loro più o meno perfetto organismo, dalla maggiore o minore intensità

d'azione nello sviluppo degli interessi sociali, dall'esistenza o no di una qualche forma di collegamento coll'azione e coll'autorità dello Stato. Parlando delle Unioni noi abbiamo potuto disegnarne le grandi linee appunto perchè in esse attraverso le varie particolarità si rispecchia nettamente un tipo, che gli Stati hanno riconosciuto come il migliore per la comune amministrazione di certe pubbliche funzioni; la cosa è assai più difficile riguardo alle libere associazioni internazionali, che mostrano una spiccata tendenza a modellarsi sul tipo delle Unioni, ma pur subiscono nella loro costituzione la varia impronta delle particolarità accennate. Così piuttosto che fare subito delle considerazioni generali ci pare utile prendere alcuni esempi tipici atti ad illuminare sufficientemente i caratteri delle nuovissime manifestazioni della vita internazionale.

Dalla tendenza all'internazionalità, che ha invaso omai tutto quanto il campo delle scienze sociali, non poteva andare esente la statistica, che di quelle scienze è il più potente ausiliario. Riconosciuta la grande utilità scientifica ed amministrativa della statistica internazionale era naturale si pensasse ai mezzi per ottenerla. I mezzi pensati furono tre (1). Secondo alcuni la forma d'organizzazione della statistica internazionale avrebbe dovuto avere un carattere puramente ufficiale e di autorità: i governi dei diversi paesi avrebbero dovuto intendersi per via diplomatica o per convenzione in vista di creare una corporazione internazionale durevole sul genere del Comitato internazionale di pesi e misure o anche inviando regolarmente dei rappresentanti a delle assemblee simili a quelle che hanno fondato l'Unione postale universale, assemblee che avrebbero avuto per missione di risolvere le questioni relative ai lavori comuni della statistica internazionale. Quei rappresentanti speciali non avrebbero potuto essere che i capi delle commissioni centrali di statistica, muniti dei poteri necessari per prendere

(1) Le notizie che seguono sono tolte dall'articolo del De Neumann Spallart, « La fondation de l'Institut international de Statistique » inserito nel *Bull. de l'Institut intern. de statistique*, vol. I (1886), pag. 1-29.

delle risoluzioni obbligatorie. Tale organizzazione avrebbe senza dubbio raggiunto più facilmente lo scopo desiderabile, quello per esempio della simultaneità ed uniformità completa di tutti i censimenti e della pubblicazione dei loro risultati e l'altro di materiali affini e raccolti secondo principî omogenei per la comparazione. Essa tuttavia aveva poca probabilità di essere adottata dagli Stati, i quali avrebbero dovuto rinunciare a una parte considerevole della loro sovranità ed autonomia dando ai delegati i poteri necessari per fissare le formule ed anche l'organizzazione della statistica ufficiale di ciascun paese. Fu infatti osservato che le ricerche statistiche sono in così diretta connessione colle istituzioni amministrative e giudiziarie e costituiscono talmente una branca dell'insieme dell'amministrazione dello Stato che sotto molti rapporti l'uniformità delle ricerche statistiche porterebbe con sè quella della legislazione stessa, talchè le deliberazioni dei delegati o porterebbero a delle conseguenze dannose o dovrebbero avere la semplice portata di voti e di raccomandazioni.

Una seconda forma di organizzazione sarebbe stata quella che avrebbe impresso a una corporazione internazionale di statistica un carattere semi-ufficiale. Si sarebbe dovuta costituire una commissione mista composta dei capi degli uffici centrali di statistica come delegati dei governi e di rappresentanti della scienza e di istituzioni e corporazioni scientifiche. La proposta di tale commissione, che pure avrebbe dovuto imporre degli obblighi ai governi, sollevò appena emessa gravi opposizioni e venne subito sostituita coll'altra di un'associazione libera, che senza carattere ufficiale assumesse tuttavia sotto una forma conveniente i rapporti indispensabili colla statistica ufficiale dei diversi Stati. Da quest'ultima proposta, che sottoposta all'assemblea tenuta in occasione del giubileo della Società statistica di Londra il 24 giugno 1885 fu subito accolta favorevolmente, sorse l'*Institut international de statistique*, i cui statuti furono dal De Neumann Spallart modellati in gran parte su quelli dell'*Institut de droit international*. In essi l'articolo 1° è così formulato: « L'Istituto internazionale di statistica è un'associa-

zione internazionale, che ha per iscopo di favorire il progresso della statistica amministrativa e scientifica: 1.° ricercando e raccomandando i metodi propri per ottenere, per quanto è possibile, l'uniformità nei quadri e nello spoglio dei dati statistici e perseguendo l'assimilazione delle pubblicazioni di statistica al fine di rendere comparabili i risultati ottenuti nei diversi paesi; 2.° richiamando con dei voti l'attenzione dei governi su delle questioni da risolvere coll'osservazione statistica; 3.° facendo delle pubblicazioni internazionali destinate a dilucidare delle questioni di statistica e a stabilire dei rapporti permanenti fra gli statistici di tutti i paesi; 4.° concorrendo colle sue pubblicazioni e se vi ha luogo con altre pubblicazioni, coll'insegnamento pubblico e con diversi mezzi a propagare le nozioni di statistica e ad interessare gli uomini di Stato e i dotti all'esplorazione dei fatti sociali » (1).

Come l'Istituto nella sua non lunga esistenza abbia soddisfatto al compito propostosi è luminosamente provato dai suoi lavori consacrati in voluminosi bollettini. Si può dire che non vi sia ramo della vita sociale, a cui l'Istituto non abbia rivolto le sue cure coll'intento di arrivare a stabilirne una statistica internazionale; ma i suoi fini hanno bene spesso ecceduto gli interessi puramente scientifici per toccare gl'interessi politici, legislativi ed amministrativi degli Stati, la cui cooperazione spesso non invano fu invocata e basterebbero a provarlo le numerose convenzioni internazionali stipulate dai diversi governi (2) per lo scambio dei bollettini del censimento riguardanti gli stranieri appunto in seguito ai voti emessi dall'Istituto nelle sessioni di Vienna del 1891 e di Berna del 1895 (3). Data la straordinaria importanza assunta nei tempi moderni dalla sta-

---

(1) *Bull. de l'Institut intern. de statistique*, vol. II (1887), pag. 1.

(2) Per quelle conchiuse dal nostro governo vedi il *Boll. del Ministero degli affari esteri*, agosto 1891, pagg. 156 e 158; dicembre 1891, pag. 701.

(3) *Bull. de l'Institut intern. de statistique*, vol. VI, 1ª parte (1892), pag. 27-29; vol. IX, 2ª parte (1895), pag. XLIX e pag. 44-45.

tistica ufficiale, data anzi la sua funzione pressochè assorbente nella rilevazione ed elaborazione dei dati, una libera associazione di statistica avrebbe scopi limitatissimi e produrrebbe assai scarsi risultati se non fosse per qualche via legata alla statistica ufficiale dei diversi Stati, se non avesse a sua disposizione alcun mezzo per esercitare su di essa la propria influenza. Ora se l'Istituto riuscì ad ottenere notevoli risultati pratici si deve non tanto all'autorità delle sue deliberazioni presso i governi quanto alla presenza nel suo seno dei capi degli uffici centrali di statistica dei diversi Stati, i quali portano nelle assemblee i lumi della loro esperienza pratica e mentre agiscono nel senso di mantenere i voti nei limiti del possibile e del realizzabile assumono poi l'impegno morale di eseguirli e di far sì che vengano eseguiti negli Stati rispettivi. Non si tratta dunque puramente e semplicemente di voti emessi da una associazione godente di un'alta autorità scientifica, come ad es. l'Istituto di diritto internazionale, voti che per la loro razionalità e giustizia possono essere dai legislatori e dagli uomini politici accolti e messi in pratica; si tratta di deliberazioni, alla cui formazione concorrono pur senza veste ufficiale quelli stessi che nell'interno di ciascuno Stato sono i più indicati per eseguirle. In tal forma l'azione spiegata dall'Istituto internazionale di statistica è meno appariscente di quanto sarebbe, data una organizzazione ufficiale, ma certamente non meno proficua: la concorde opera statistica dei governi di rado è sancita e si appalesa in trattati diplomatici, ma silenziosamente si esplica nei diversi uffici centrali sotto il concorde impulso dato dai capi.

Più spesso avviene che il coordinamento di sforzi individuali in un intento sociale, pur avendo forme perfette ad imitazione del coordinamento di funzioni sociali di più Stati, presenti minore efficacia di mezzi per muovere quell'azione ufficiale, che in generale può dirsi essere una meta concordemente desiderata. Così, per esempio, dopo l'inutile tentativo fatto dalla Svizzera nel 1896 col proporre ai governi l'istituzione di un ufficio internazionale per la tutela dell'operaio, che raccogliesse

informazioni, pubblicasse i dati statistici ed eseguisse i lavori preparatori delle conferenze, i più grandi fautori dell'idea di una legislazione internazionale sul lavoro pensarono di sostituire l'iniziativa privata a quell'azione ufficiale, che già alla Conferenza diplomatica di Berlino del 1890 era miseramente naufragata. In tale intento al Congresso di Parigi del 1900, tenuto dietro agli altri due di Zurigo del 1897 e di Bruxelles del 1899 avendo la stessa fisionomia privata sociale, si deliberò la formazione di una *Association internationale pour la protection légale des travailleurs* avente per iscopo: 1.° di servire di legame tra quelli che nei diversi paesi industriali considerano la legislazione protettrice dei lavoratori come necessaria; 2.° di organizzare un *Office international du travail*, che pubblichi in francese, in tedesco e in inglese un *Recueil périodique de la législation du travail dans tous les pays;* 3.° di facilitare lo studio della legislazione del lavoro nei diversi paesi e in particolare di fornire ai membri dell'Associazione delle notizie sulle legislazioni in vigore e sulla loro applicazione nei diversi Stati; 4.° di favorire lo studio della questione della concordanza delle diverse legislazioni protettrici degli operai e la formazione di una statistica internazionale del lavoro; 5.° di provocare la riunione di congressi internazionali di legislazione del lavoro. L'Associazione sarà diretta da un comitato composto di membri appartenenti a diversi Stati ammessi ad avervi una rappresentanza; e questo comitato eleggerà nel suo seno un *bureau*, che ne costituirà per così dire il potere esecutivo. Nei diversi paesi potranno costituirsi delle sezioni nazionali dell'Associazione; il comitato internazionale dovrà però approvarne gli statuti, che saranno in armonia con quello generale dell'Associazione (1).

(1) Lo statuto dell'Associazione è riportato dalla *Rivista internazionale di scienze sociali* dicembre 1900, pag. 664-5. Nello stesso fascicolo della *Rivista* a pag 493-521 si può leggere un articolo intitolato: « La protezione legale internazionale dei lavoratori al Congresso di Parigi, 1900 », che è interessante anche per la copiosa bibliografia che vi si trova raccolta intorno alla storia dell'idea di una legislazione internazionale sul lavoro.

Il Toniolo, che a Parigi aveva ricevuto l'incarico di procurare la costituzione di una sezione italiana, nella circolare da lui redatta a tale scopo notava in modo speciale la circostanza, che l'Associazione appena costituita avrebbe invitato i varî governi a designare ciascuno un delegato in seno al comitato internazionale: « cosicchè l'Associazione, per sua natura d'indole privata, assumerebbe ancora un certo carattere pubblico, mantenendo una più diretta ed efficace corrispondenza fra il pensiero sociale e l'azione politica parlamentare e amministrativa dei varî Stati civili ». In una seconda circolare intesa a provvedere alla definitiva costituzione della sezione italiana il Toniolo avvertiva che il nostro governo per mezzo del Ministro di agricoltura, industria e commercio aveva già dato la *propria ufficiale adesione ed approvazione* e si proponeva di designare in seguito un proprio delegato in seno al Comitato internazionale (1).

Nello stesso ordine di idee uno scopo più speciale ma non con minore intensità di azione ed efficacia di mezzi si propongono i *Congrès internationaux des accidents du travail et des assurances sociales,* il cui comitato permanente internazionale « tende sempre più a divenire uno strumento e un organo internazionale d'informazioni di tutto quello che concerne gl'infortuni del lavoro e le assicurazioni sociali. Grazie a questa

---

(1) In una terza circolare, data notizia della costituzione della sezione italiana, il Toniolo informava che il comitato ordinatore dell'assemblea dell'Associazione internazionale, indetta per i giorni 27 e 28 del corrente settembre (1901) in Basilea, ha accettato di richiamare l'attenzione dell'assemblea o gli studi dell'*Ufficio internazionale del lavoro,* (già dall'Associazione aperto in Basilea, sotto la direzione del prof. Bauer) sopra i seguenti argomenti: lo stato della nostra legislazione sociale operaia al paragone di altre nazioni; la convenienza che all'occasione dei trattati di commercio, si promuovano speciali accordi per la protezione legale degli operai dei paesi contraenti; la necessità di una indagine statistica generale sopra gli emigranti italiani nei varî paesi; l'urgenza di speciali e più efficaci provvedimenti pubblici internazionali contro la *tratta dei fanciulli italiani* nei paesi esteri.

organizzazione il credito morale dell'Associazione aumenta ogni giorno e la sua influenza si esercita salutare sull'opinione pubblica e sui parlamenti per illustrare e risolvere le questioni che sono l'oggetto dei suoi studî ». Il Congresso di Milano del 1894, dove il presidente Linder pronunciava queste parole, ebbe come gli altri carattere privato, ma la sua importanza fu così evidente in un momento in cui tutti gli Stati civili considerano come un dovere lo studiare i gravi problemi sociali che i governi stranieri su domanda di quello italiano consentirono a facilitare l'intervento al Congresso di quelli dei loro funzionari che potevano apportarvi il concorso prezioso della loro competenza tecnica. Inoltre alcuni governi desiderosi d'ottenere direttamente notizie più complete sui lavori del Congresso credettero utile di mandare delegati speciali a titolo ufficioso; così fecero il Belgio, il Brasile, la Francia, l'Italia, l'Olanda, la Russia, la Spagna, gli Stati Uniti (1).

Nel Congresso internazionale tenuto nel 1894 ad Anversa per lo studio delle questioni relative al patronato dei condannati, dei figli moralmente abbandonati, dei vagabondi e degli alienati si discussero fra le altre le due questioni seguenti: 1.° sarebbe necessario stabilire un accordo fra i patronati dei diversi paesi per la protezione dell'infanzia, dei detenuti e dei liberati e quali sarebbero i mezzi pratici per facilitare in questa materia l'azione del patronato internazionale? 2.° con quali misure si potrebbe meglio assicurare la repressione internazionale del vagabondaggio e il patronato reciproco dei rimpatriati? (2)

Nel 1899 fu tenuto a Londra un Congresso composto di persone autorevoli rappresentanti parecchi Stati europei, nel quale si convenne di ottenere dai governi una legge internazionale per combattere più efficacemente coloro che con raggiri

---

(1) Congrès international des accidents du travail et des assurances sociales. Terza sessione tenuta a Milano dal 1° al 6 ottobre 1894, vol. II, pag. 36-39 e 69 (Milano, Reggiani, 1895).

(2) *Bull. mensuel de la Soc. de lég. comp.*, vol. 23 (1893-1894), pagine 430-431.

ed arti subdole ingannano le minorenni mandandole all'estero e vendendole per scopi immorali. In tale intento si deliberò di formare in tutti i paesi d'Europa dei Comitati nazionali, i quali già si costituirono in Austria-Ungheria, in Belgio, in Italia, in Olanda, in Russia, in Svezia e Norvegia, in Svizzera. Dovunque di essi fanno parte uomini eminenti nella scienza e nella politica in guisa da fare confidare in una fortunata azione concorde nel raggiungimento dello scopo altamente civile.

Durante l'esposizione mondiale del 1900, che fu così feconda di Congressi internazionali, ebbe luogo a Parigi, promossa dalla Società di Economia politica di quella città, una *Riunione internazionale degli economisti*, il cui programma aveva come primo punto la discussione « dell'influenza delle conoscenze economiche sulla direzione delle nazioni e specialmente sui rapporti internazionali e dei migliori mezzi di assicurare la diffusione di queste conoscenze ». Su proposta del De Molinari la Riunione, alla quale erano intervenuti economisti dei principali paesi d'Europa e d'America, approvò l'istituzione di un Ufficio internazionale, avente per oggetto di registrare e di mettere in luce i risultati comparati della politica protezionista e della politica libero-scambista in guisa da fornire un ricco e vastissimo materiale di fatto per la propaganda internazionale a favore della libertà economica; e infine adottò la proposta dell'italiano Canovai di riunire in un'azione collettiva internazionale per la diffusione dei comuni principî le associazioni ecomiche liberali del mondo intero (1).

Gli esempî, che fra molti altri abbiamo prescelti, sono più che sufficienti per mostrare come le attività individuali intorno ai più varî argomenti della vita sociale tendano ad organizzarsi internazionalmente prendendo spesso a modello le forme adottate dagli Stati per la comune gestione d'interessi d'ordine amministrativo. Per la natura degli scopi cui mira e per la qualità delle forme in cui si adatta l'azione privata ha ben ti-

---

(1) *Giornale degli economisti*, agosto 1900, pag. 163-174.

tolo per entrare nel campo ancor vergine e aperto del diritto internazionale amministrativo. Essa non è fonte immediata di diritto positivo così come l'azione ufficiale degli Stati; ma la sua importanza non cessa per questo di essere grande, sia perchè aiuta e prepara lo svolgimento dell'azione ufficiale (1), sia perchè questa talora sostituisce nel miglior modo possibile.

---

(1) All'azione privata si ricollegano le origini delle Unioni per la protezione delle opere letterarie ed artistiche e della proprietà industriale. — Vedi Poinsard, op. cit., pag. 511 e 558.

SOMMARIO

I. - Differenziazione dei rapporti amministrativi da quelli politici nell'ordine internazionale. Cause di tale differenziazione . . . . . Pag. 5

II. Esistenza autonoma di un diritto internazionale amministrativo. Sue basi scientifiche. Suo oggetto . . . . » 12

III. - Continuazione; ed esame critico delle teorie del de Martens e del von Stein . . . . . » 29

IV. -- Diritto convenzionale amministrativo . . . . . » 41

V. - Caratteri del diritto convenzionale amministrativo; modificazioni da esso apportate alla sovranità degli Stati » 49

VI. Azione collettiva degli Stati nel campo dell'amministrazione internazionale. Le Unioni internazionali . . . » 65

VII. Organizzazione internazionale delle attività individuali . » 75

ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUME XII. — FASCICOLI 2.°, 3.° e 4.°

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. SCALVANTI)

PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(PALAZZO PROVINCIALE)
1902

SOMMARIO

MICELI. — Psicologia del Diritto. - Studî . . . . . Pag. 89

PSICOLOGIA DEL DIRITTO

STUDII

DEL

Prof. VINCENZO MICELI

INTRODUZIONE.

§ 1. — Sotto la complessiva denominazione di *Psicologia del Diritto* ci proponiamo di pubblicare successivamente quattro studii, dei quali diamo ora alla luce soltanto il primo. Essi comprendono quattro diverse categorie di ricerche nel campo della psicologia del Diritto, strettamente fra loro collegate e rivolte tutte a determinare il nesso causale che lega i fenomeni del diritto ai fenomeni della coscienza in genere e in ispecie ai processi volitivi.

Nel primo studio ricerchiamo le *basi psicologiche* del Diritto, sia a traverso l'evoluzione storica delle dottrine etico-giuridiche, sia in rapporto e in contrasto con le teoriche le quali hanno avuto o hanno più voga nella Filosofia del diritto, sia finalmente in un'analisi specificata dei fenomeni della coscienza rispetto ai fenomeni del diritto e della giustizia. Questo primo studio ci porta a riconoscere che i fenomeni del diritto e sopra tutto i rapporti fra i fenomeni psichici e i fenomeni giuridici non possono interamente afferrarsi che dal punto di vista della psicologia collettiva, poichè il diritto è innanzi tutto un fenomeno di psicologia sociale.

Siamo allora condotti a studiare la *Coscienza sociale*, che sarà appunto il còmpito del secondo studio. Quello peraltro che

più interessa per il nostro speciale scopo, non è la coscienza sociale in genere, ma quella peculiare manifestazione di essa che si riferisce alla formazione e alla evoluzione del diritto e che è appunto la coscienza giuridica. Ma questa forma di coscienza, essendo, massime nel suo stadio di completo sviluppo, una manifestazione della generale coscienza collettiva, non può essere ben compresa, se non quando si ha un concetto possibilmente chiaro e preciso della coscienza sociale. E questo perciò procureremo di dare col secondo studio, cercando, con tutte le nostre forze, di sgombrare il terreno da tutti quegli equivoci e da tutti quei malintesi, come da tutte quelle vaghe e nebulose concezioni che hanno sempre, più o meno, ingombrato il campo di queste ricerche, e hanno indotto, alcuni a negare l'esistenza di una coscienza sociale e altri a fraintenderne il suo vero carattere.

Col terzo studio affronteremo quindi l'analisi della *Coscienza giuridica* propriamente detta. Preparati dall'analisi precedente, saremo allora in grado di comprendere come si costituisce, come si sviluppa una coscienza giuridica nella convivenza; e di mostrare, di fronte alle negazioni degli uni e alle esagerazioni degli altri, che la coscienza giuridica non è una finzione o una comoda astrazione a uso e consumo di certe scuole e di certe dottrine, ma è una realtà vivente, una formazione effettiva, la quale comincia a manifestarsi in modo chiaro fin da quando i gruppi sociali e i popoli cominciano ed acquistare una qualche coscienza del loro proprio essere.

Ma aver mostrato l'esistenza e la natura di una coscienza giuridica non servirebbe a nulla qualora non si potessero determinare le connessioni che intercedono fra essa e il diritto, specialmente fra essa e il diritto positivo, l'influenza, che essa opera sulla sua esistenza, sulla sua formazione e sul suo sviluppo. Una ricerca intorno alla coscienza giuridica rimarrebbe una ricerca puramente teorica, una pura esercitazione scientifica, destituita di alcun valore pratico, qualora essa lasciasse indeterminati i vincoli che la legano col diritto, o qualora si dimostrasse che essa non opera sul diritto alcuna influenza no-

tevole. Da qui la necessità del quarto ed ultimo studio, che è come il coronamento di tutte queste ricerche e col quale ci proporremo appunto di determinare i *rapporti che intercedono fra la Coscienza giuridica e il Diritto.*

§ 2. — Questi studii e queste ricerche, oltre che a una quantità di risultati parziali, di cui sarebbe ora fuori luogo fare l'enumerazione preventiva, ci dovranno condurre a certi fondamentali risultati di suprema importanza per la Filosofia del diritto.

E prima di tutto, al riconoscimento di una più ampia e in pari tempo più intima connessione fra i fenomeni del diritto e tutti gli altri fenomeni della vita sociale attraverso il comune fattore della coscienza individuale e collettiva. Solo infatti dal punto di vista psicologico è possibile di abbracciare in una sola sintesi e ridurre, diciamo così, a un comune denominatore tutti i più svariati fenomeni della vita sociale, tra i quali sta anche il diritto. Se è errato e conduce a concezioni unilaterali qualunque indirizzo che vuol tutto ridurre a una sola causa, all'azione di un solo fattore, i fenomeni più disparati della convivenza, non è errato invece il sistema che cerca nei processi della coscienza la causa più diretta di questi fenomeni. Perchè, prima di potere agire sui fatti sociali, qualunque causa bisogna che agisca innanzi tutto sulle coscienze, dalle quali può venire in vario modo trasformata; e così, qualunque fatto sociale, per potere agire sull'individuo deve passare per la coscienza di esso.

Nella coscienza risiede quindi sempre il sottostrato in cui si elaborano i fatti sociali e per cui i fatti sociali riflettono la loro azione sull'individuo, il terreno in cui si vanno mano mano costruendo le sintesi più vaste, sotto l'influenza dell'ambiente sociale e del lento accumularsi dei fattori storici, per cui i rapporti più disparati si collegano in unità sempre più larghe e più comprensive. Onde è dal punto di vista psicologico che deve più facilmente apparire il vincolo di connessione fra il diritto e tutti gli altri rapporti e fatti che si producono, si sviluppano, si intrecciano nella convivenza. Così, se il fatto politico, il fatto economico, il fatto religioso ecc. si collegano col

fatto giuridico, l'influenzano o possono venire da esso influenzati, ciò avviene perchè tutti questi fatti hanno la loro radice nella coscienza e operano nella coscienza e per mezzo di essa. Il fatto economico, ad esempio, opera sul diritto in quanto fa sorgere certi bisogni e il diritto reagisce sul fatto economico in quanto regola, disciplina, garantisce tali bisogni quali vengono dalla coscienza sentiti, e li sottopone alla norma suggerita dai processi del volere collettivo. Questo avviene per tutti i generi di rapporti e di attinenze fra il diritto e le altre categorie di fattori. Sulla coscienza perciò si trova sempre la base su cui quei rapporti s'intrecciano.

Questo naturalmente conduce a una più chiara concezione del fenomeno giuridico, sia nelle sue differenze caratteristiche, sia nelle sue intime peculiarità.

Infatti non è possibile di giungere a una chiara percezione delle differenze che da un punto di vista sintetico, e questo, come abbiamo detto, viene fornito dalla considerazione psicologica del fenomeno. Il diritto, come norma coattiva, come garanzia, come tutela, come facoltà e come obbligo si connette innanzi tutto a determinati processi volitivi e, dal modo come questi processi volitivi si dispiegano nel caso speciale, dipende la distinzione fra il diritto e le altre categorie di atti e di fatti sociali, e poi in particolar modo la differenza fra il diritto e le altre discipline normative, che dispiegano a preferenza la loro azione nei processi del volere.

Ora tutto ciò non è possibile se non dopo un debito apprezzamento di questi processi, della loro specifica natura e della connessione loro con gli altri processi della coscienza, cioè con i processi emozionali e rappresentativi.

E così anche per ciò che si riferisce a certe peculiarità intime del fenomeno giuridico. Ad esempio, l'intimo contrasto che si rivela già per tempo nella storia dell'umanità fra il diritto come idea e il diritto come fatto positivo, è una conseguenza del contrasto fra i processi rappresentativi e i processi del volere, specialmente quali possono estrinsecarsi per mezzo dell'azione nei vari tempi e luoghi, come è anche una conseguenza della così

detta legge dell'eterogeneità dei fini, per cui nell'attuazione pratica i fini si vanno mano mano spostando e sostituendo, dando risultati diversi da quelli preveduti e desiderati. Due categorie di fatti queste che si possono ricondurre a una causa unica, come avremo occasione di osservare nel corso di questi studii, poichè lo spostamento dei fini è in fondo la conseguenza della relatività dei fenomeni psichici.

Tutti fenomeni questi che trovano la loro spiegazione nella psicologia e che perciò non possono essere che imperfettamente apprezzati quando si fa astrazione del punto di vista psicologico.

Un altro fatto caratteristico della natura specifica del diritto è il fatto della coazione. Ora la coazione non può essere compresa nella sua vera essenza se non dal lato psicologico, poichè la costrizione legale in tanto può agire, in quanto riesce a promuovere nella coscieaza una determinata somma di forza psichica. Di modo che l'efficacia di essa non si proporziona propriamente alla quantità e qualità dei mezzi esterni con i quali la norma si può far valere, ma, innanzi tutto, alla qualità di forza interna, cioè alle idee, ai sentimenti, ai processi volitivi che la costrizione riesce a muovere o a produrre. Il non avere chiaramente compreso questo, è stato fonte di equivoci numerosi, di dottrine erronee intorno al carattere della coazione e quindi anche, per riflesso, intorno alla funzione propria del diritto e ai modi e ai mezzi con cui essa si esplica e può esplicarsi nei vari momenti e per rispetto ai vari rapporti.

Ma i fenomeni che riescono meglio lumeggiati da questo trattamento psicologico del diritto sono quelli specialmente che si riferiscono alla genesi della norma e del rapporto giuridico.

Il momento della genesi è un momento assai delicato in tutti i fenomeni, ma nel campo dei fenomeni sociali presenta speciali difficoltà per la complessità e variabilità dei rapporti, per il concorso dei fattori che entrano allora in azione. Quivi più che mai occorre un filo conduttore, una guida, un punto d'appoggio. Questo non può trovarsi che nel campo dei fenomeni psichici, dai quali in ultima analisi sorgono e sui quali vanno infine a riflettere la loro azione. E con tanta maggior

ragione dobbiamo a questi fenomeni rivolgerci per trovare una prima spiegazione della genesi del diritto, in quanto il diritto non è, come abbiamo detto, che una manifestazione dei processi del volere e senza un debito apprezzamento del modo come questi si formano, non è possibile di comprendere il modo come si forma il diritto.

Lumeggiando i fenomeni della genesi, l'analisi del lato psicologico deve servire anche a lumeggiare i fenomeni della *evoluzione del diritto.* Se si deve cercare nel campo psicologico la spiegazione prima dei fenomeni della genesi, è naturale che debba cercarsi in esso anche la spiegazione prima dei fenomeni dell' evoluzione. Infatti, le medesime forze psichiche, le quali entrano in azione quando il diritto a poco a poco sorge, continuano ad operare in seguito, determinandone le successive trasformazioni. L' evoluzione non è un fatto per sè stante, essa non è che una continuazione della genesi, uno svolgimento ulteriore di quei fatti, che nel momento della genesi appariscono soltanto in forma embrionale. L' analisi psicologica deve quindi dimostrare come l'evoluzione del diritto sia intimamente collegata con la evoluzione della coscienza, sopra tutto della coscienza collettiva, di modo che a certi stadi di sviluppo psicologico devono rispondere certe determinate forme della evoluzione del diritto.

Certo, le concezioni del diritto rispondono nel loro complesso all' insieme delle condizioni storiche di una data epoca e quindi a tutto il cumolo delle aspirazioni, degli interessi, dei bisogni, che in ciascun momento storico si determinano, ai modi come essi entrano in conflitto, si combinano, si armonizzano. Ma tutti questi fatti non possono esistere e non possono operare nella convivenza se non perchè danno origine a fenomeni psichici, o anzi, perchè sono fenomeni psichici essi stessi. Onde, se le concezioni del diritto riflettono le condizioni storiche, ciò avviene perchè queste condizioni si traducono in condizioni psichiche, perchè sono anzitutto condizioni psichiche. La stessa concezione del diritto non è, in ultima analisi, che un fatto psichico rispondente al grado di sviluppo delle coscienze singole

e della coscienza collettiva e opera, nel fatto, solo per quel tanto che le permette il grado medio di sviluppo delle coscienze.

Il riconoscimento di questo principio, il quale non è che una legittima applicazione di una teorica scientifica della conoscenza nel campo del diritto, mentre permette di comprendere in tutto il suo carattere la relatività del fenomeno giuridico, riconduce il diritto ai suoi ultimi fondamenti.

Finalmente l'apprezzamento del lato psicologico ci permette di vedere ancor meglio nel diritto l'insieme delle condizioni essenziali ed inevitabili di adattamento da parte degl' individui alla società e della società agl' individui. Questo adattamento è infatti prodotto dal bisogno della conservazione da parte degl'individui e dei gruppi e si capisce che questo bisogno si rivela più vivo rispetto alle esigenze più importanti e conduce in tal caso a prodotti, diciamo così, più prominenti. Ne deriva che, rispetto a tali fatti, la volontà collettiva a preferenza s' impone, prendendo un sopravvento più spiccato di fronte alle volontà individuali. Ciò che è necessario e indispensabile alla conservazione dell'intera convivenza, non può essere lasciato all'arbitrio dell'individuo. Il bisogno della coesistenza, generalmente sentito, d'altra parte facilita l' incontro e l'accordo delle volontà e rende più disposti gl' individui ad accettare una comune norma regolatrice. Inoltre, questa norma viene ad acquistare un maggior grado di obbligatorietà di fronte alle altre categorie di norme, però che, come vedremo, l'obbligatorietà rappresenta una concentrazione di energia psichica, e tale energia naturalmente a preferenza si concentra dove è maggiore il bisogno, dove è più viva la tendenza che porta alla soddisfazione di esso. In forza di ciò il diritto tende ad assumere sempre come suo contenuto le condizioni essenziali di adattamento.

Ciò non significa che il diritto debba limitarsi a una semplice conservazione delle condizioni di coesistenza. Però che bisogna intendere queste condizioni in un senso dinamico e relativo e non in un senso statico e assoluto. Onde nel numero di esse bisogna mettere, non solo le esigenze strette di una semplice coesistenza sociale, ma quelle inoltre di una cooperazione

sempre più intima e più attiva. E anche qui viene in aiuto l'apprezzamento psicologico del fenomeno, essendo la cooperazione anzi tutto un fatto d'indole spirituale, che va inoltre assumendo un carattere spirituale mano mano più spiccato a misura che la società si sviluppa. In ciò trovano la loro piena giustificazione gli scopi di benessere, di cultura, di sviluppo, in genere, individuale e sociale, che lo stato e il diritto si propongono in modo sempre più cosciente e più deciso e con mezzi sempre più estesi e con impiego crescente di attività.

Questi i risultati generali cui si può giungere con tali studi e ai quali speriamo, almeno in parte, di arrivare. Noi non c'illudiamo di apportare contributi nuovi, ma saremo soddisfatti se potremo contribuire a dare qualche impulso a questo speciale indirizzo, da cui, secondo noi pensiamo, dovranno provenire risultati fecondi quando fosse seguìto con debita competenza, con perseveranza, con rigore scientifico, tenendosi lontani dalle brillanti improvvisazioni e dalle fiorenti fantasticherie dei dilettanti, come anche dalle nebulose e aeree costruzioni delle filosofie trascendentali.

STUDIO PRIMO

Le basi psicologiche del Diritto.

PARTE PRIMA (*).

Capitolo I.

Il Diritto e la psicologia.

§ 1. — Il fatto giuridico, prima di essere tale è fatto psichico, anzi esso può essere giuridico solo perchè è fatto psichico. Il fatto giuridico suppone sempre una possibile o effettiva determinazione di volontà, una capacità di volere in potenza o in atto; e la volontà è un processo psichico legato con gli altri processi psichici, cioè con i sentimenti e con le rappresentazioni. Il fatto giuridico suppone quindi tutta una serie di processi psichici, di cui esso è l'ultima espressione, tutto un lavorio interno della coscienza, che mette capo a una sintesi definitiva.

Certamente il diritto trova una delle sue basi di fatto nelle condizioni di coesistenza dell'aggregato umano, ma tali condizioni non potrebbero generare il diritto se non passando attraverso alla coscienza e trasformandosi in essa in desideri, bisogni, idee, sentimenti, processi volitivi.

Un'altra base del diritto è l'individuo; ma esso non può generare il diritto e non può diventare elemento di rapporto giuridico se non in quanto ha una coscienza capace di quei processi quali si svolgono in genere in ogni essere umano.

(*) Divideremo questo primo studio in due parti; nella prima cercheremo i rapporti fra la psicologia e le dottrine etico-giuridiche; nella seconda cercheremo più specialmente di studiare gli elementi psichici del diritto.

La psicologia del diritto deve adunque ricercare questa base psichica dei fatti e dei rapporti giuridici per determinare la parte che spetta all'elemento psichico, sia nella genesi della norma, sia nelle modalità che va subendo nella sua applicazione, sia nella determinazione dei diritti e dei doveri subbiettivi rispetto alla persona giuridica. In ciascuno di questi tre momenti e di questi tre aspetti, l'elemento psichico acquista speciale fisionomia e deve essere valutato da uno speciale punto di vista.

Quanto alla genesi, la psicologia del diritto ha il còmpito di studiare, diciamo così, tutto quel sottosuolo psichico su cui si vengono mano mano costruendo le formazioni giuridiche, e in cui gli elementi psichici si producono, si differenziano, si aggregano e si disgregano, dando origine a quelle combinazioni, a quelle sintesi, per opera delle quali si effettua poi il passaggio dal campo della psicologia a quello del diritto. Sottosuolo questo assai ricco di elementi disparati, in continua fermentazione, in trasformazione continua, che offrono i più svariati aspetti, le più diverse combinazioni, e stimolano al sommo grado l'interesse dello scienziato, mentre presentano le più grandi difficoltà all'analisi della scienza.

Considerata sotto questo punto di vista, la psicologia del diritto non è e non può essere a preferenza che una psicologia sociale. Il diritto sorge nella convivenza come fatto e come rapporto sociale, quindi tutta la elaborazione psicologica che lo precede è anch'essa un fatto sociale. Gli elementi psichici che preparano, che originano, che determinano le formazioni giuridiche sono, in altri termini, i fenomeni della psicologia collettiva, sono costituiti dagli attriti, dagli antagonismi, dalle azioni e reazioni, dalle combinazioni e fusioni delle coscienze associate, messe per qualsiasi causa in grado d'influenzarsi reciprocamente. Il fatto psichico individuale in questo momento sparisce o può aver valore quando si mostra connesso con fatti psichici collettivi, o diventa una manifestazione o una risultante di questi.

Diversamente accade invece negli altri due momenti. Quando

si cerca infatti di determinare le modalità che deve subire la norma nella sua applicazione, entra in considerazione anche l'elemento psichico individuale, anzi, la considerazione di questo elemento deve acquistare una ragionevole prevalenza, perchè si tratta allora di mettere in rapporto la generalità della norma con le peculiarità del caso singolo.

Mentre nella generica determinazione della norma ha luogo un processo di fusione e di sintesi, in cui le diversità e varietà spariscono in una formazione collettiva e comune; nella specifica applicazione di essa ha luogo un processo di ordine opposto, cioè un processo di selezione e di analisi, per cui le peculiarità del caso singolo vengono fuori, e allora il valore della sintesi precedente, tanto quello di ordine scientifico che quello di ordine pratico, si misura dalla possibilità di adattamento al singolo caso e dal grado in cui questo adattamento si può produrre. Però che, più la sintesi è in armonia con la realtà delle cose e dei rapporti umani ed è fondata sui lati essenziali di essi, e più essa riuscirà feconda e comprensiva e risponderà alle esigenze di un adattamento più ricco e più vario.

Quantunque peraltro l'elemento psichico individuale potrà in tal caso acquistare una certa prevalenza, pure esso è sempre subordinato all'elemento psichico collettivo, perchè neanco qui esso può venir considerato separatamente e per sè stante; e ciò per la stretta connessione che sempre intercede fra il momento della genesi e il momento dell'applicazione della norma e conseguentemente per il fatto che l'applicazione ha la sua ragione di essere nel principio generale, in quanto è o si suppone in esso contenuto; e così l'elemento psichico individuale ha la sua ragione di essere nella connessione in cui si trova con tutto quel processo psichico di generalizzazione e di sintesi, onde la norma fu generata.

§ 2. — Nel terzo momento infine l'elemento psichico individuale acquista una prevalenza ancor più decisiva, però che quando si tratta di determinare le facoltà della persona, le qualità psichiche, onde è o deve essere caratterizzata, salgono in rilievo e vengono quindi in prima linea tutte quelle condizioni

di coscienza, di volontà, di capacità, che determinano la natura del suo essere.

Quando noi abbiamo in vista l'individuo umano e cerchiamo di determinare in genere i suoi diritti o un diritto speciale, noi siamo subito indotti a considerare i processi della coscienza quali ordinariamente si sviluppano nell'individuo, i sentimenti da cui può essere mosso, le idee, da cui può essere guidato, le passioni da cui può essere sconvolto, i fini verso cui può tendere la sua volontà. Noi cioè abbiamo allora presente l'individuo reale in tutti i caratteri che lo determinano e quindi abbiamo innanzi gli elementi psichici quali agiscono nella coscienza dell'individuo. E se questo individuo reale non sarà in ispecie Tizio, Caio o Sempronio, sarà pur sempre un individuo medio con le qualità comuni dell'individuo quale si presenta in un dato ambiente e con una coscienza quale si presenta nella grande generalità.

Così quando noi vogliamo determinare le condizioni specifiche della capacità intellettuale e morale per l'esercizio di un dato diritto, non prendiamo per punto di partenza una intelligenza o una volontà astratta, ma una intelligenza e una volontà quali si manifestano nella generalità degl'individui in un dato periodo e in una data società e cerchiamo quindi di analizzare i processi rappresentativi e volitivi come si muovono nella coscienza di ciascun individuo singolo. Pur riconoscendo che si muovono in modo presso a poco eguale nella coscienza di ciascun individuo di quel dato gruppo, noi non abbandoniamo mai il punto di vista individuale, e le nostre generalizzazioni a tal riguardo, sono sempre generalizzazioni che hanno per punto di partenza e per punto di arrivo l'individuo. Esse cercano la legge psicologica dell'individuo e non quella della collettività.

Con tutto ciò, neppure rispetto a quest'ultimo momento l'elemento psicologico individuale del diritto si può considerare come interamente disgiunto dall'elemento psicologico sociale. E ciò per la connessione che pur sempre intercede fra l'individuo e la società e quindi (quale un particolare aspetto di essa) fra il diritto subbiettivo e il diritto obbiettivo.

L'individuo isolato non è che un'astrazione, esso non esiste che nella convivenza e per la convivenza; per cui l'elemento psichico individuale non è un fatto isolato, un fenomeno per sè stante, esso è sempre, per un verso o per un altro, collegato all'elemento psichico sociale. Le qualità psichiche dell'individuo non sono un prodotto individuale soltanto, sono anche e in principal modo un prodotto della collettività in cui l'individuo vive e si sviluppa. Ed è nella collettività appunto che si vanno determinando quei comuni caratteri psichici e quelle comuni esigenze psichiche, le quali poi servono di base alla generalizzazione del diritto sotto tutti i suoi aspetti. La possibilità stessa di ricevere un comune trattamento, di assoggettarsi a una medesima norma e di trovare in essa la garanzia delle proprie pretese, implica già per sè sola che gli elementi subbiettivi devono prescindere da un punto di vista puramente individuale e devono soggiacere in parte alle leggi della psicologia collettiva. La coscienza dell'individuo non si può concepire che in rapporto con le altre coscienze e come il risultato finale di una serie d'influenze reciproche, le quali si sono svolte per generazioni, si sono fissate nella razza, si sono organizzate negl'individui.

E così, per quanto muova da un punto di vista individuale, il diritto subbiettivo ha anche esso carattere generale e sociale; ciò viene dimostrato dalla sua stessa connessione col diritto obbiettivo. Per quanto infatti alcuni scrittori (esempio il Rümelin (1), uno dei primi) abbiano voluto accentuare la differenza fra il diritto subbiettivo e il diritto obbiettivo, essi non sono riusciti a far scomparire il vincolo di necessaria subordinazione, sia di ordine psichico, sia di ordine tecnico, che lega il primo al secondo. Il diritto subbiettivo esiste solo perchè vi è un diritto obbiettivo e non si può svolgere se non in conseguenza di questo e dentro i confini da questo segnati. Sicchè si può dire che in fondo il diritto subbiettivo entri nella generale categoria dei

---

(1) *Reden und Aufsätze.* Neue Folge. Freiburg i. B. 1881, pag. 322 e seg.

casi di applicazione della norma. Nella sua applicazione, prendendo naturalmente la parola *applicazione* in un significato generico, la norma genera obblighi, ma conferisce anche facoltà. Nè potrebbe essere diversamente una volta che la norma produce rapporti, di natura, bilaterali: essa garantisce in quanto che obbliga e obbliga in quanto che garantisce.

Stando così le cose, entrano allora in campo le considerazioni precedenti a proposito dell'applicazione della norma. Per diventare effettivamente norma di garanzia, essa deve essere norma generale, quantunque adatta in pari tempo alle esigenze degl' individui e dei gruppi. E ciò non può essere quando prende per fondamento processi psichici individuali, ma processi psichici quali si svolgono nella generalità dei casi; o per meglio dire, quando astrae dalle accidentalità e si poggia sui caratteri essenziali che presentano sempre quei processi. E così quando noi prendiamo per punto di partenza un individuo medio, una capacità media e via discorrendo, non ci mettiamo più da un punto di vista puramente individuale, ma supponiamo certi processi psichici che sono possibili soltanto nella collettività. Nel proporzionare il diritto alla capacità, nel conferire cioè al volere una potestà per il raggiungimento di un dato scopo, la norma non può considerare volta per volta il volere singolo, altrimenti non sarebbe più norma, deve invece prendere quello che di essenziale e di comune vi è nei processi del volere; ma ciò che di comune vi è nei processi del volere è in gran parte un prodotto della convivenza.

Il diritto procede sempre per categorie, tanto se lo si guarda dal suo punto di vista obbiettivo, che se lo si guarda dal suo punto di vista subbiettivo, e la categoria implica un fondamento sociale, non un fondamento individuale. Per quanto nel momento in cui egli afferma il suo diritto, l'individuo si presenti come un individuo determinato, avente personalità propria, diversa da quella di tutti gli altri individui, pure egli non può affermare il suo diritto se non in quanto si trova nella categoria, nella classe fissata dalla norma, se non in quanto possiede

quelle condizioni psichiche, le quali hanno servito a stabilire la generalizzazione su cui essa si fonda.

Tutto quello che abbiamo finora detto serve a mostrare, in primo luogo, che i fatti e i rapporti giuridici hanno una base psicologica dalla quale non si può prescindere, se si vuole che il diritto sia qualche cosa di reale e di vivente, e se quindi non si considera come un semplice formalismo tecnico campato in aria; in secondo luogo, che questa base psicologica consiste, tanto in processi psichici individuali (elemento psichico individuale), quanto in processi psichici collettivi (elemento psichico sociale); che di queste due categorie di processi psichici prevale, ora l'una, ora l'altra nelle diverse parti e nei diversi momenti in cui viene considerato il diritto, che infine la seconda categoria è quella che finisce per avere la maggiore importanza.

Ciò significa che la psicologia del diritto è a preferenza una psicologia sociale, cosa questa che era del resto assai facile prevedere, poichè il diritto, da qualunque punto di vista lo si consideri, suppone sempre un rapporto, un rapporto che si svolge fra gl'individui nella connivenza; anzi esso non è che uno dei tanti lati dei rapporti umani e perciò non può sottrarsi all'azione di quelle comuni combinazioni psichiche, onde i rapporti umani vengono determinati, alle leggi della psicologia sociale, con cui stanno in pari tempo in relazione di effetto e di causa.

La psicologia del diritto è, in altri termini, prevalentemente una psicologia sociale, perchè il diritto sorge in una convivenza per opera di forze psichiche collettive, perchè regola forze psichiche collettive, perchè è fatto valere da individui di fronte a individui, in quanto sono parte di un aggregato e agiscono quali elementi spirituali di esso.

§ 3. — Dopo ciò è cosa superflua insistere sopra l'importanza di tali studii.

Una volta riconosciuto che vi è sempre nel diritto, in tutte le manifestazioni che esso assume, una base, un sottosuolo psicologico, si capisce che debba sommamente interessare, non solo al sociologo, ma anche al giurista e sopra tutto al filosofo del

diritto, di venir ricercando questo sottosuolo, di determinare le forze che in esso operano, di scoprire le leggi alle quali esse obbediscono, di esaminare sopra tutto in che connessione si trova con i fenomeni giuridici e in che modo con la sua attività spesso latente, ma sempre feconda, contribuisce alla produzione di questi.

Già in tutti i tempi si è sentita, anche quando non poteva essere percepita chiaramente, questa connessione fra il diritto e il suo sottosuolo psichico, fra il fatto giuridico e il fatto psicologico; ma questa connessione doveva apparire anche più evidente quando il diritto cominciò a diventare un fatto cosciente e riflesso. E certo, fino a che il diritto era una produzione spontanea e quasi istintiva, nè poteva acquistar rilievo una tale connessione, nè poteva venire in mente di ricercarla e di studiarla. Il diritto seguiva in tal caso la legge naturale di evoluzione di tanti altri fenomeni sociali, senza che ad alcuno venisse in mente che tali leggi vi fossero.

Ma quando il diritto positivo cominciò ad essere, almeno in parte, l'opera di classi e di corpi speciali e quando organi speciali cominciarono ad elaborarlo, allora non poteva non cominciare a percepirsi l'importanza dell'elemento psichico. E la considerazione di tale elemento doveva anzi venirsi accentuando a misura che, accanto alla pratica e all'applicazione quotidiana del diritto, si veniva sviluppando la teoria e si cominciava a meditare e a filosofare sul diritto. Le connessioni fra l'attività giuridica con i fatti della coscienza, sopratutto poi con i processi della volontà, dovevano attirare all'ingrosso l'attenzione anche di menti non filosofiche o di coscienze non preparate da cultura specifica e da specifiche attitudini all'esame di tali rapporti. Onde vediamo che fin dall'antichità classica, le prime ricerche, le prime meditazioni intorno al giusto e all'ingiusto, alla legge, al diritto e allo stato più o meno risentono la preoccupazione d' influssi di ordine psicologico o pure mostrano come vagamente si sentisse l'importanza di tale elemento.

Tale importanza peraltro non poteva essere sentita in tutto il suo valore se non quando lo sviluppo della psicologia e lo

sviluppo della scienza del diritto potevano permettere di vedere ben addentro in questo insieme di rapporti così intricati e spesso così sottili, che sfuggono all'occhio inesperto o a menti non predisposte da lunga e opportuna preparazione.

Ora si sa che la psicologia è una scienza che si è sviluppata assai in ritardo e del tutto recente è poi, non diciamo la formazione, ma il concetto stesso di una psicologia sociale. E senza uno sviluppo adeguato della psicologia, specialmente di quest'ultimo lato di essa, non era certo possibile di scoprire i rapporti che legano il diritto con i fenomeni della coscienza e perciò di mettere in rilievo quel sottosuolo, sul quale si vengono fondando le costruzioni giuridiche. Il diritto appariva sempre, più o meno, come una formazione a sè, come un fatto isolato dai fenomeni psichici, come una costruzione esteriore determinato più dalla forza, dall'arbitrio e dal caso, anzichè da un intimo processo psicologico legato alle condizioni di adattamento.

Ma d'altra parte questo mondo nuovo di rapporti non poteva essere neppure interamente conosciuto e compreso fino a tanto che la scienza del diritto non aveva messo in evidenza la natura intima del fatto giuridico, non aveva permesso di comprendere che il diritto non è una formazione arbitraria e neppure una costruzione ideale ed astratta, ma una formazione reale e vivente, che prende radice nelle viscere stesse della società e si sviluppa con essa.

Onde, da un lato i progressi degli studii psicologici, dall'altro i progressi degli studii giuridici dovevano condurre i due ordini di fatti e le due scienze, che li studiano, ad avvicinarsi e a congiungere i loro risultati per il raggiungimento di sintesi più vaste e per la spiegazione più completa del fenomeno.

Ad ogni modo è sempre interessante di conoscere, anche dal punto di vista dei risultati cui dobbiamo giungere, come l'elemento psicologico si sia venuto manifestando a traverso la storia del diritto e delle dottrine giuridiche.

CAPITOLO II.

L'elemento psichico nelle dottrine etico-giuridiche delle scuole greche.

§ 4. — Per il nostro punto di vista è pieno di significato il fatto che in Grecia le prime discussioni e le prime teorie intorno al bene, al giusto, al diritto cominciano propriamente quando il pensiero filosofico, dalla contemplazione della natura esterna comincia a portarsi sull'uomo. I sofisti rappresentano appunto « il passaggio della filosofia cosmologica alla filosofia rivolta al soggetto pensante e volente » (1). E sono gl' iniziatori delle prime teorie in questo campo di ricerche. Ma se essi iniziano, indicano il cammino, non riescono poi a dare fondamento scientifico alle loro dottrine, perchè vedono il soggetto pensante e operante da un punto di vista puramente individuale; e ciò rende difettosa quella che potrebbe chiamarsi la loro dottrina della conoscenza, come rende impossibile anche un completo apprezzamento psicologico dei rapporti umani.

Essi infatti erano condotti dal loro assoluto soggettivismo a prendere come misura di tutte le cose, non solo l' uomo in genere, ma l'individuo in ispecie, per cui tutto si riduceva secondo essi al modo di pensare e di sentire di ciascun individuo. Niente quindi di universale, di comune nella coscienza degl' individui e conseguentemente, nella loro condotta, tranne che la legge della forza e dell' individuale capriccio. Da questo individualismo subbiettivo così esagerato non era possibile di assorgere a un concetto scientifico del diritto, la distinzione più sicura fra il bene e il male, il giusto e l' ingiusto non poteva essere attinta che unicamente nel costume e nella legge. Ma la legge era un prodotto artificiale della volontà degli uomini non rispondente alla natura. « Le leggi sono l'opera dei più deboli

---

(1) UEBERWEG, *Grundriss der Geschichte der Philosophie,* Berlin 1894, Th. I, p. 97.

e del più gran numero, i quali, nel farle, non hanno avuto riguardo che a loro stessi e ai loro propri interessi e perciò hanno cercato d'impedire o di frenare il dominio del più forte. La natura invece dimostra che è giusto che colui il quale vale di più abbia più di un altro che val meno, e il forte abbia più del debole. Essa fa vedere in mille occasioni che è proprio così, e presso gli animali e presso gli uomini stessi, fra i quali vediamo stati e nazioni intere, presso cui la regola del giusto è che il più forte comandi al più debole e abbia i maggiori vantaggi » (1). La legge della natura è dunque la legge del più forte, cioè la negazione di ogni giustizia.

Anche il sentimento egoistico onde quelle dottrine erano ispirate, il punto di vista strettamente utilitario onde muovevano e per cui agivano, mentre da una parte impediva un apprezzamento obbiettivo della coscienza umana e dei moventi dell'umana condotta, rendeva d'altra parte impossibile la determinazione di principii e di criterii sicuri.

Non vi è dubbio che in mezzo a questo subbiettivismo spunta un elemento obbiettivo molto importante, l'elemento rappresentato dalla legge naturale, e quindi apparisce per la prima volta il contrasto che doveva poi assumere tanta importanza nelle dottrine filosofiche del diritto: il contrasto, vogliamo dire, fra la legge naturale e la legge umana. Dal debito apprezzamento del fatto naturale poteva venir fuori, come infatti accenna a venir fuori, una prima valutazione psichica dei fenomeni della condotta. Ma invece l'apprezzamento di quel fatto si avvolge presso queste scuole in una contradizione che lo rende infecondo. La vera distinzione fra il giusto e l'ingiusto dovrebbe infatti ricercarsi nella legge naturale, ma la legge naturale invece, consacrando il dominio del più forte, conduce alla negazione di ogni giustizia. Onde « questa dottrina, come giustamente osservava il Lasson, si muove in una permanente ed

---

(1) Parole di *Callicle* nel Gorgia di Platone. Vedi anche Fouillée, *Hist. de la philosophie*, p. 63.

intima contradizione, perchè essa nega ciò che pone e pone ciò che nega » (1).

§ 5. — In Socrate il principale punto di partenza rimane immutato, esso è sempre l'uomo, anzi, a preferenza l'individuo singolo; ma invece muta il punto di vista da cui l'individuo si considera. Non sono più le qualità mutevoli della natura e dei rapporti umani che vengono prese per fondamento nella dottrina della condotta e della giustizia, ma le qualità durature, i rapporti permanenti. E per tal modo il subbiettivismo poteva, diciamo così, diventare obbiettivo, fissandosi in principii generali, in elementi stabili.

Questi principii obbiettivi si delineano in due direzioni nella mente di Socrate, per ciò che si riferisce al fondamento psicologico della giustizia e per ciò che si riferisce al fondamento naturale dei rapporti umani.

Quanto al primo egli vedeva l'elemento di stabilità nella sapienza, e come noi diremmo ora, con concetto più largo, nei processi rappresentativi della mente. Onde egli riteneva: « la giustizia e ogni altra virtù essere sapienza, le cose giuste e tutte le altre cose che si praticano con la virtù, essere oneste e buone; nè quelli che conoscono queste cose, altro ad esse preferiscono; nè quelli che non le sanno possono praticarle; anzi, se tentano di metterle in pratica, commettono degli errori. Così i sapienti praticano le azioni oneste e le buone, e quelli che non sono sapienti non possono far questo . . . . Poichè dunque e le cose giuste e tutte le altre cose oneste e buone si fanno con la virtù, concludeva esser manifesto, che la giustizia e ogni altra virtù è sapienza » (2).

Donde si vede come siano totalmente trascurati i processi dei sentimenti e quelli della volontà, proludendo così a quell'indirizzo intellettualista che doveva per tanti secoli dominare nella psicologia e riflettere le sue influenze sulle dottrine del-

---

(1) *System der Rechtsphilosophie,* Berlin 1882, p. 48.
(2) *Senofonte,* Memorabili, III, IX.

l'etica e del diritto. Questo del resto si capiva. I processi rappresentativi hanno carattere più preciso, più stabile e si presentano con maggiore evidenza, mentre gli altri processi hanno carattere più intimo, più vago, più complicato. Onde in una prima analisi dei fatti della condotta i primi dovevano attirare tutta l'attenzione e acquistare la maggiore importanza, mentre gli altri venivano lasciati nell'ombra e trascurati del tutto. Non vi è dubbio peraltro che, dal punto di vista psicologico, vi è in questa dottrina un fondamento di verità, perchè più si sviluppa l'intelligenza e si estendono e si complicano le associazioni d'idee, e più si sviluppa in genere il sentimento morale e in ispecie il sentimento di giustizia e quindi si rendono possibili i processi volitivi di carattere più complesso e più elevato, informati a un tipo di condotta più morale e più giusta: « Lo sviluppo della conoscenza è, in generale, una condizione necessaria dello sviluppo superiore della simpatia » nota un recente psicologo (1); e ciò perchè « i sentimenti disinteressati suppongono che la rappresentazione e l'immaginazione abbiano acquistato uno sviluppo sufficiente per fissare l'oggetto del sentimento come una cosa avente un valore indipendente » (2).

Fino a un certo punto adunque si può dire che la virtù in genere, come la giustizia in ispecie sono, se non addirittura sapienza, almeno intelligenza. Ma la dottrina è sempre unilaterale, poichè dalla intelligenza non può venir l'obbligo.

Quanto ai rapporti umani, Socrate continua la distinzione dei sofisti tra un ordine sociale umano e un ordine naturale come coesistenti l'uno accanto all'altro; ma il distacco fra i due ordini apparisce meno accentuato, poichè il giusto e il legittimo sono per lui la medesima cosa e implicano obbedienza tanto alle leggi scritte come alle leggi non scritte, le quali sono le leggi date dagli dei agli uomini e costituiscono appunto l'ordine naturale. Questo poi è concepito come un ordine immutabile di

---

(1) Höffding, *Esquisse d'une psychologie fondée sur l'expérience*. Trad. Poitvin. Paris, 1900, pag. 341.

(2) Idem, p. 352.

rapporti umani, che viene fuori dalla natura stessa dei rapporti e porta con sè la propria sanzione. La legge, ad esempio, che i genitori non devono giacersi con i figli e viceversa, e la legge, che comanda di rendere il beneficio a chi ci ha beneficato, sono rese infatti obbligatorie dalle stesse conseguenze fisiologiche o morali che produce la violazione di esse (1).

§ 6. — Con Platone si allarga ancora di più il punto di vista psicologico e il concetto della connessione fra i fenomeni della coscienza e le leggi della condotta.

Partendo dal punto di vista socratico, secondo il quale la pratica della virtù sia conseguenza della scienza della virtù, riconosce pertanto nella coscienza un' aspirazione, un desiderio spontaneo verso il bene, verso il bello, verso il mondo delle idee, di cui il mondo dei sensi è un semplice e imperfetto riflesso. Noi dobbiamo cercare di avvicinarci, siamo anzi spinti ad avvicinarci, verso questo ideale, fuggendo i piaceri passeggieri dei sensi; ma non possiamo raggiungerlo se non in una esistenza futura, poichè in questa esistenza sensibile domina pur sempre il male e l' imperfezione. Questo impulso verso un ordine di cose più perfetto non può essere l'effetto della semplice sapienza, ma è anche conseguenza di un ricordo in noi di un mondo soprassensibile e del fatto che il bene sommo è in fondo la forza attiva della natura come dei nostri pensieri e delle nostre azioni.

Pertanto l' idea del bene verso cui aspiriamo non può presentarsi alla nostra coscienza se non sotto forma sensibile e la forma che essa assume è appunto la forma del bello. E qui abbiamo i diversi gradi di sviluppo dell' idea del bello che corrono paralleli con i diversi stadi del sentimento dell'amore che verso di esse ci attrae. Questi stadi sono simili e si svolgono in modo analogo al processo che dalla percezione conduce al concetto. Infatti si comincia con amare ed ammirare i bei corpi, le belle forme; si passa poi ad amare il bello nelle sue diverse

(1) *Memorabili*, l. IV, c. IV.

manifestazioni, quando si vede che le diverse forme del bello non sono che le diverse espressioni di un solo tipo. Il terzo stadio è l'amore per la bellezza dell'animo, quando appunto si vede che ciò che conferisce la bellezza alle forme sono le qualità dell'anima. Anche qui l'amore comincia ad essere rivolto verso i singoli, le singole anime, ma poi si solleva a un grado superiore, quando si riconosce che le belle anime sono belle della medesima bellezza e si concepisce un tipo universale di bellezza morale, salendo quindi all'amore dell'essere universale, che è il vero contenuto della scienza e, come tale, la perfetta immagine del mondo delle idee (1).

Questa dottrina, dice il Wundt, rappresenta il primo tentativo di collegamento fra l'etica e l'estetica; noi possiamo anche considerarla come il primo tentativo con cui le leggi della condotta vengono connesse con i processi sentimentali, per cui l'etica apparisce non più quale una semplice questione di scienza, ma anche, fino a un certo punto, come una questione di sentimento, senza del quale la scienza non può tradursi in atto e acquistare valore pratico.

Ma il collegamento fra le psicologia e le norme della condotta apparisce più chiaramente nella teoria delle virtù e nella teoria dello stato. Egli infatti vede una naturale connessione fra le virtù e le facoltà dell'anima, per modo che a ogni facoltà corrisponde una speciale virtù; vi è quindi una virtù della ragione che è la saggezza, una virtù del cuore che è il coraggio, una virtù della sensibilità, che è la temperanza. Queste diverse

---

(1) Fouillée, op. cit., pagg. 95 e segg. Wundt, *Ethik*, Stuttgard, 1892, pag. 279.

« La diritta via dell'amore, che la si segua da sè o si sia da altri guidati, è di cominciare con le bellezze terrene e di elevarsi fino alla bellezza suprema, passando per così dire, a traverso tutti gli scalini della scala, da un solo bel corpo a due, da due agli altri, dai bei corpi alle belle occupazioni, dalle belle occupazioni alle belle scienze, fino a che, di scienza in scienza, si arriva alla scienza per eccellenza, che è la scienza del bello, e si finisce per conoscerla quale essa è in realtà ». Platone nel *Banchetto*.

virtù non sono peraltro assolutamente divise le une dalle altre, come non si possono concepire come assolutamente distinte le diverse parti dell'anima; esse sono anzi congiunte ad armonica unità, e la virtù appunto che rappresenta e in pari tempo determina quest'armonia è la giustizia, la quale consiste in ciò, che ogni parte dell'anima adempia il suo proprio còmpito. Per cui l'uomo giusto è uno con se stesso, è intima armonia, l'uomo ingiusto al contrario, invece di essere uno, è piuttosto una molteplicità di parti (1).

Quest'armonia interna si traduce poi in un'armonia esteriore, però che l'uomo giusto vive in armonia, non solo con sè stesso, ma anche con i suoi simili « l'accordo intimo delle facoltà in seno di ogni anima rende solo possibile l'accordo delle anime fra di loro, mentre al contrario l'ingiustizia fa sì che le nostre facoltà e le nostre tendenze, non solo si combattano in noi stessi, ma si trovino in contrasto con quelle degli altri uomini ».

L'armonia delle anime produce quindi la loro attrazione, il loro amore reciproco, il quale si confonde poi nel comune amore del sommo bene, anzi è una conseguenza di esso. « Date a tutti gli uomini con la medesima giustizia, il medesimo amore del bene, ed essi si ameranno reciprocamente. La medesima luce rischiarerà le loro menti e scalderà le loro anime » (2). Abbiamo perciò non un semplice concetto della giustizia, ma anche un *sentimento* della giustizia, non una mente soltanto che contempla, ma anche un cuore che *sente* l'armonia, l'ordine delle cose.

---

(1) Fouillée, op. cit., pag. 99. Wundt, op. cit., pag. 281. Ueberweg, op. cit., pag. 186 e segg. Platone nel *Gorgia*, nel *Critane*, nella *Repubblica*.

(2) Fouillée, op. cit., pagg. 98 e 99. « I savi dicono che il cielo e la terra, gli dei e gli uomini sono uniti da rapporti, dall'amicizia, dalla moderazione, dalla temperanza e dalla giustizia; e gli è per questo che danno a questo universo il nome di *ordine* e non quello di disordine o licenza ». Platone nel *Gorgia*, parole di Socrate.

Questa teoria psicologica della giustizia Platone poi l'applica al concetto dello stato, che egli considera come un uomo in grande, dando così il primo addentellato e fornendo il primo accenno a quella teoria organica, che doveva poi fare scorrere tanti fiumi d'inchiostro ai nostri tempi. Infatti, nello stato ideale concepito da Platone appariscono quelle tre parti dell'anima con le loro corrispondenti virtù. Ciascuna di esse è rappresentata da una speciale classe, la quale compie nello stato la stessa parte che compie nell'anima la corrispondente facoltà con la sua relativa virtù. E così, la saggezza è rappresentata dalla classe dei reggitori, il coraggio dalla classe dei guerrieri, la temperanza e la docile obbedienza da quella dei lavoratori, che vegliano con l'appetito al soddisfacimento dei bisogni fisici.

Per cui lo stato ha il còmpito di far sorgere l'armonia fra gl'individui e di avviare i cittadini alla virtù. Come la morale trova al suo inizio la varietà delle facoltà umane in contrasto le une con le altre fino a quando la ragione aiutata dall'amore le riconcilia; la politica trova al suo inizio la moltiplicità degl'individui, causa d'imperfezione e di discordia e il suo ideale consiste nel sostituire a questa moltiplicità un'unità vivente, una persona collettiva, di cui gl'individui siano i membri e gli organi (1).

La politica per tal modo apparisce come una morale ingrandita che trova la sua base in una specie di psicologia dello stato. Per cui, quando vuole conoscere a fondo la natura della giustizia, egli rivolge lo sguardo alle forme dello stato, perchè in esso, a causa della grande proporzione che vi acquistano i rapporti del giusto e dell'ingiusto, quella si può assai meglio conoscere che nei singoli individui.

Questo concetto dello stato descritto nella *Repubblica* è un

---

(1) Fouillèe, op. cit., pag. 100. Lasson, op. cit., pag. 54. Filomusi-Guelfi, *La dottrina dello stato nell'antichità greca nei suoi rapporti con l'etica*, Napoli 1873. Geyer, *Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaften*, nella *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* di Höltzendorff, Leipzig 1882, pag. 10.

concetto puramente ideale; ma, sia che si presenti come una aspirazione del sentimento etico di Platone, sia che apparisca siccome una più chiara espressione delle tendenze che si muovevano ancora indistintamente nel pensiero greco, essa è pur sempre una concezione grandiosa della comunanza politica, di gran lunga superiore a quella dei suoi antecessori, in quanto considera la collettività come un insieme di parti specificate e organizzate, cooperanti a uno scopo comune, guidate da una comune mente al raggiungimento della propria perfezione (1).

Si è voluto vedere in questa dottrina di Platone una specie di psicologia sociale, o un primo tentativo nel senso di questa disciplina; ma se ben si guarda, qui manca il concetto primo della psicologia sociale, il concetto cioè dell'azione e reazione reciproca fra le coscienze associate, da cui vien fuori una coscienza collettiva. La psicologia sociale di Platone non è che una psicologia individuale con proporzioni ingrandite: è la psicologia dell'uomo in grande, ma pur sempre una psicologia dell'individuo singolo. Le diverse classi dello stato platonico rappresentano le diverse qualità del singolo individuo, non formazioni psichiche nuove determinate dall'azione reciproca d'individui e di gruppi.

§ 7. — Aristotele si avvicina ancor più alla realtà e alla verità nel concepire e nel determinare l'elemento psichico delle leggi della condotta, egli anzi vi apporta un contributo nuovo e importante, mettendo in evidenza il distacco fra l'intelligenza e l'attività pratica del volere, come fu giustamente osservato dal Wundt.

Infatti, Socrate e Platone identificavano la volontà con l'intelligenza, tanto che la virtù diventava per essi una semplice questione di scienza: chi ben sa, ben opera. Platone aveva dato un più ampio sviluppo all'azione del sentimento, ma non aveva con ciò abbandonato il punto di vista socratico. Fu per primo Aristotele che riconobbe la specifica funzione del volere nel

---

(1) Geyer, op. cit., pag. 10.

campo dell'etica, onde la virtù consiste per esso, non soltanto nel retto sapere, ma specialmente nel buon volere, il quale, sebbene sia dipendente dal sapere, non si può con esso confondere.

Avendo riconosciuto l'importanza che acquista il volere (la parte attiva dell'anima) nel campo etico e quindi rispetto alla virtù, egli comprende il valore che l'esercizio può avere su di questa. Per quanto vi possa essere una disposizione naturale nell'anima a bene agire, pure questa disposizione deve venire sempre rinforzata dall'esercizio (dalla ripetizione costante) come appunto qualunque altra disposizione del corpo e dello spirito. Onde egli pensa che senza la pratica, senza l'abitudine, non vi può essere virtù nel vero significato etico (1).

Ma, l'esercizio richiede alla sua volta un eccitamento, uno stimolo, e questo viene determinato dalla natura stessa della virtù che è il sommo bene ed è perciò la condizione meglio atta a procurare la maggior somma di felicità. Per comprendere poi come la virtù racchiuda la felicità occorre intelligenza e riflessione, onde per agire virtuosamente occorre lo sviluppo della ragione e l'azione di essa sulla volontà (2). In ciò vediamo, non solo un debito apprezzamento dell'influenza del volere sui fatti della condotta, ma anche dei rapporti che intercedono fra esso e l'intelligenza.

L'azione della ragione si esercita principalmente nel tenere la volontà nel giusto mezzo fra gli estremi desideri, le estreme tendenze, gli estremi affetti, perchè in questo giusto mezzo risiede appunto la virtù secondo il concetto aristotelico.

Dopo questo notevole contributo a ciò che potremmo chiamare la teoria psicologica della condotta, cadono in seconda linea, per il nostro punto di vista, le altre dottrine anch'esse notevoli sulla giustizia e sullo stato. La giustizia si estolle so-

---

(1) *Etica a Nicomaco,* II, 1.

(2) Wundt, op. cit., pag. 285. Ueberweg, op. cit., p. 240 e segg., I, Theil. Aristotele, *Etica a Nicomaco,* II, 1, 3, X, 5, 6.

pra le altre virtù e il giusto mezzo consiste nel ricevere e nel fare ingiustizia, o pure nel dare a ciascuno il suo, e quindi nel dare, nè molto, nè troppo poco. La teoria del giusto mezzo è qui certamente forzata; più importante è invece la connessione fra i concetti di giustizia e di eguaglianza.

Il principio della giustizia è l'eguaglianza applicata ai beni, che gli uomini desiderano e che costituiscono gli oggetti della loro esterna felicità. Questa eguaglianza è diretta e indiretta. L'eguaglianza diretta è quella che domina nello scambio dei beni, che, per potere essere permutabili, devono avere il medesimo valore di scambio, il quale viene determinato da una comune misura, che è il danaro; l'eguaglianza indiretta è la eguaglianza di proporzione, quella cioè che domina nella distribuzione dei beni, la quale deve essere commisurata alla dignità di ciascuno. Sulla prima si fonda la giustizia commutativa, che dà ad ognuno il suo secondo il valore della cosa scambiata, sulla seconda si fonda la giustizia distributiva, che dà a ciascuno il suo secondo il suo merito. Nel primo caso abbiamo a base un elemento psichico, il quale si obbiettiva nel valore della cosa e perciò prescinde dalla qualità delle persone: le cose che hanno il medesimo valore sono eguali fra di loro e devono essere trattate nel modo medesimo, qualunque sia la persona che di esse fa uso. Nel secondo caso abbiamo inoltre a base un elemento psichico subbiettivo, il quale è vario nelle diverse persone e perciò l'eguaglianza di trattamento non si può ottenere che con un trattamento disuguale (proporzionale). « Le parti non sono più assolutamente eguali, ma proporzionalmente eguali, e si ristabilisce quindi con l'ineguaglianza stessa l'eguaglianza che la giustizia reclama » (1). In altri termini allora « non basta più determinare il rapporto delle cose, bisogna anche combinarlo col rapporto delle persone; poichè la virtù, il merito, il lavoro devono entrare come elemento di comparazione.

---

(1) Foullée, op. cit., pag. 132. *Etica a Nicomaco*, V. 3, 4.

Di là un rapporto composto; e la giustizia, in luogo di essere una semplice eguaglianza, diventa una proporzione » (1).

Importanti sono anche per noi le dottrine intorno alla giustizia naturale, al diritto positivo, all'equità, in ciascuna della quali è debitamente apprezzato l'elemento psichico umano.

La giustizia naturale non va confusa col diritto positivo. La giustizia naturale è fondata sulla natura ragionevole dell'uomo e sulle stabili condizioni della natura esterna, e perciò le sue norme sono immutabili solo in quanto immutabili sono quei fatti. Il diritto positivo invece si appoggia in parte sulla giustizia naturale, in parte sui diversi scopi che le leggi si propongono e quindi può più o meno differire dalla giustizia naturale o riuscire addirittura all'ingiustizia. Quanto più si propongono per iscopo il comune bene e più si avvicinano alla giustizia naturale, quanto più si propongono invece altri scopi (scopi egoistici, come ora diremmo, di persone o di classi) più da quella si allontanano (2).

Comunque sia, il diritto positivo non può in tutto incarnare la giustizia, non solo per colpa della legge o del legislatore, ma per la natura stessa della norma positiva, chè essendo la norma positiva fondata sopra una media di casi (più propriamente sul caso medio ed astratto), non può sempre adattarsi alle varietà del caso reale e singolo; da qui il còmpito importante dell'equità. Essa propriamente non è distinta dalla giustizia naturale, poichè su di essa si fonda, ma è diversa dal diritto fissato dalla legge e a questo appunto superiore, perchè ne corregge le lacune, le imperfezioni, la soverchia rigidità, richiamandosi alla giustizia naturale. Il suo felicissimo paragone dell'equità col regolo lesbio, che, essendo di piombo, può seguire le varie sinuosità dei corpi solidi, vale a mostrare, non solo l'importante còmpito dell'equità di fronte al diritto positivo, ma anche il

---

(1) Janet, *Histoire de la science politique.* Paris, 1892, I, 198.
(2) *Etica a Nicomaco,* V, 10, VIII, 15, 10.

concetto di Aristotele sulla giustizia quale un rapporto proporzionale alla natura degli uomini e dei rapporti umani.

Questo fatto poi che il diritto positivo non può sempre incarnare la giustizia naturale conduce a mettere in rilievo i contrasti che possono verificarsi tra queste due forme di giustizia, fra la giustizia puramente formale e legale e la giustizia materiale, che si riferisce al contenuto, alla natura intrinseca del rapporto; contrasti, che dal punto di vista psicologico acquistano molta importanza, specialmente per l'azione che possono esercitare sullo stato dei sentimenti. Nella costituzione perfetta il contrasto pertanto non esiste, si rivela invece più o meno nella costituzione imperfetta, ove appunto la legalità prende il sopravvento e la virtù si trova in opposizione con la legge (1).

Come la giustizia, così anche lo stato ha un fondamento naturale psicologico e questo consiste nella natura *politica* (noi diremmo *sociale*) dell'uomo. L'uomo è un animale politico e tende per natura alla convivenza e allo stato; un essere che non ha questa tendenza, per natura, è un essere superiore o inferiore, come quella razza di genti che Omero chiamava selvagge e raminghe (2). Lo stato può dirsi una produzione di natura, non solo in quanto sono tali le associazioni che lo hanno preceduto (famiglia, borgata ecc.), ma sopra tutto perchè queste ad esso convergono come ad ultimo loro fine; ed è appunto il fine che determina la natura degli esseri. Quale infatti ci si mostra la condizione di ciascun soggetto all'ultimo suo svolgimento, tale diciamo essere la sua propria natura (3).

L' uomo è poi animale più socievole di quello che non siano le api o altri animali gregari, poichè solo fra gli animali ha il dono della favella, la quale, oltre che ad esprimere sentimenti piacevoli o dolorosi, serve ad esprimere ciò che è dan-

---

(1) *Etica a Nicomaco*, V, 1, 3, 5, 9.
(2) Aristotele, *Politica*, I, 1, 9.
(3) *Politica*, I, 1, 8.

noso o utile, ciò che è giusto o ingiusto (1). Ma quel che più importa, soltanto esso fra gli altri animali, ha la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e degli altri concetti di simil genere, che nel loro complesso formano appunto la base psichica della famiglia e dello stato.

Lo stato supera di eccellenza la famiglia e l'individuo isolato, perchè il tutto deve necessariamente avanzare di perfezione le sue parti componenti. Una mano, un piede, staccate dal corpo, non sono più quelle che erano quando si trovavano congiunte con esso, quantunque continuino a conservare il medesimo nome. Le cose valgono per la loro opera e per la loro potenza, cosicchè, quando perdono la loro originale attitudine non si può più dire che siano le stesse (2). Tutto ciò porta a conchiudere che lo stato sia un vero prodotto naturale e più perfetto dell'individuo isolato. L'uomo isolato non basta a sè stesso e perciò sorge in esso la naturale tendenza ad unirsi al suo tutto, come avviene di ogni altra specie di parti. Chi tale stimolo non prova, o è una bestia o è un Dio. Per natura adunque tutti gli uomini hanno insito nell'animo un invincibile impulso a riunirsi in società e a cercare la giustizia, che è sostanziale elemento dell'aggregazione politica, perchè norma della società civile è il diritto, e nel diritto sta la determinazione del giusto (3).

In tali concetti vediamo insomma le linee fondamentali di ciò che potrebbe chiamarsi una teoria psicologica della giustizia e del diritto, in quanto l'uno e l'altro sono considerati quali conseguenze di certi impulsi naturali, che risiedono nella coscienza dell'uomo e quindi quali conseguenze del fatto che l'individuo umano è semplice parte di un tutto spirituale e non può bastare a se stesso.

§ 8. — Nelle scuole postaristoteliche degli Stoici e degli Epicurei troviamo un nuovo orientamento nei concetti e nei sen-

---

(1) *Politica*, I, 1, 10.
(2) *Idem*, I, 1, 11.
(3) *Idem*, I, 1, 12.

timenti di morale e di giustizia, determinato in gran parte dalle nuove condizioni storiche e dalle trasformazioni che queste venivano operando nella vita e nella civiltà ellenica (1). Le conquiste di Alessandro avevano messo in contatto più intimo i Greci con l'Oriente, promuovendo in conseguenza uno scambio reciproco fra gli elementi delle due civiltà; mentre d'altra parte la lunga serie di lotte, che dalle prime guerre persiane si protrae fino alle guerre con la Macedonia e all'egemonia di essa, aveano abituato i Greci ad uscire dalla piccola cerchia degli ordini e dei costumi locali e a spingere lo sguardo di là dalla *Polis*. Questi fatti originano due tendenze, le quali, sebbene in apparenza antagonistiche, sono in intima connessione: la tendenza al cosmopolitismo e la tendenza all'individualismo. Tali tendenze sono in varia guisa rappresentate nelle scuole sopraddette e si riflettono nelle loro dottrine etico-giuridiche. Le quali come è stato notato (2), malgrado i contrasti, presentano pur sempre certe affinità in alcuni dei loro caratteri fondamentali.

Queste affinità appariscono, oltre che nella tendenza pratica (comune a tutte le scuole postaristoteliche) a ricercare e ad assicurare la felicità, principalmente in due punti: la preferenza che esse accordano alla personalità, quale apparisce sopra tutto nella descrizione del savio; l'accentuazione dal lato negativo della felicità, concepita come l'allontanamento da ogni dolore, come l'assenza di ogni causa che possa turbare la calma, la serenità dell'animo. Soltanto che negli stoici queste tendenze si combinano col cosmopolitismo, mentre che negli epicurei conducono ad un quietismo egoistico.

Gli stoici, partendo dall'individualismo, sono condotti al cosmopolitismo dal modo stesso come essi si presentano la figura del savio. Esso è un uomo che è riuscito a spogliarsi di tutte le passioni, a raggiungere uno stato d'imperturbabilità (*apatia*), per cui non si lascia più influenzare da sentimenti di

---

(1) Wundt, *Ethik*, pag. 287.
(2) Wundt, op. cit., pag. 292.

alcun genere. I savi così concepiti sono naturalmente eguali in tutti i paesi, a qualunque nazionalità essi appartengano, perchè la condizione essenziale della felicità è divenuta in tutti eguale e tutti possono essere egualmente felici alla stessa maniera. La loro etica s'impernia tutta su questo concetto del savio, su questo erchetipo, che essi creano astraendo, esagerando e fondendo certe qualità che appariscono nelle personalità più eminenti delle varie scuole; perciò, come è stato detto, la loro etica è piuttosto descrittiva, che normativa (1). Più che determinare obblighi, essi si limitano a descrivere le qualità e le condizioni di una vita perfetta e felice.

La felicità, secondo essi, si raggiunge seguendo la natura: *naturam sequi*, è il loro precetto fondamentale; o pure seguendo la ragione, poichè la natura e la ragione vengono considerate come una medesima cosa. Non è poi il caso di domandare come ciò si concili con l'altro principio, secondo cui bisogna estirpare dall'animo tutte in genere le passioni, che sono pure cose naturali, poichè lo stoicismo abbraccia diversi elementi, sopra tutto elementi della filosofia eraclitea e della filosofia cinica, e non riesce a fonderli fra di loro, onde non mancano in seno di esso le contradizioni e le diversità d'indirizzi.

Quello peraltro che interessa per il nostro scopo si è di vedere il contributo di questa scuola dal punto di vista del fondamento psicologico del diritto. E ciò noi vediamo quando poniamo mente ai concetti del diritto e della giustizia, come anche della persona giuridica quali possono venir fuori dalle premesse di questo sistema. Siccome le basi su cui le norme della condotta devono fondarsi sono la natura e la ragione, e siccome queste venivano concepite come sempre identiche a loro stesse, così non vi poteva essere che una sola giustizia, un sol diritto, una sola legge per tutti gli uomini ragionevoli; onde tutti gli uomini ragionevoli devono avere la capacità di assoggettarsi alla medesima legge e conseguentemente di avere i medesimi diritti.

---

(1) Wundt, op. cit., pag. 290.

In ciò troviamo gli addentellati delle dottrine del diritto naturale e dei moderni concetti della personalità giuridica. Per arrivare infatti al concetto di un diritto naturale universale, come per arrivare al concetto di una personalità giuridica universale combaciante in tutto con la personalità antropologica e quindi al riconoscimento che ogni soggetto capace di volere possa essere soggetto di diritto, bisognava potersi elevare al di sopra delle differenze di classe, di nazione, di razza e cogliere a traverso le varietà sociali, politiche ed etniche, le più diverse condizioni d'individui, di gruppi e di popoli, certi lati costanti della comune umana natura e sopra tutto, dell'umana coscienza. E questo fa appunto la filosofia stoica. Essa mette in rilievo certi elementi comuni della personalità umana, che consistono, prima di tutto, nell'attitudine che riconoscono in ciascun individuo a qualunque razza appartenga, a poter diventare savio, a potere acquistare la virtù; e in secondo luogo, nel possesso della stessa virtù. Per cui deriva quale logica conseguenza che, mano mano che gli uomini progrediscono e si perfezionano nella virtù, si devono sempre più avvicinare e parificare nei loro caratteri umani ed essenziali, mentre spariscono le differenze ritenute accidentali di condizione, di razza, ecc. Ma essa mette in rilievo anche un altro fatto costante, cioè l'elemento razionale e naturale che è per essa identico; tutti gli uomini obbediscono al medesimo principio di ragione e alla medesima legge di natura appunto in quanto sono uomini. Date queste premesse, era naturale la conseguenza cui la scuola arriva, specialmente dopo la sua diffusione a Roma, cioè il principio che *omnes homines aequales sunt.*

Qui non discutiamo la legittimità delle premesse, specialmente la natura dell'elemento psichico, che gli stoici mettevano a base delle norme di condotta, ci limitiamo semplicemente a constatare le conseguenze cui doveva condurre, conseguenze che non rimangono soltanto entro l'ambito della filosofia stoica, ma s'irradiano in vario senso e devono poi fornire le prime basi alle dottrine che si svolgono parecchi secoli dopo.

§ 9. — La filosofia di Epicuro ha un carattere più pra-

tico e l'individualismo assume in essa un indirizzo più spiccatamente edonistico e utilitario. La ricerca della felicità diventa per questa scuola un fine più diretto, per cui essa cerca la virtù, non per la virtù, ma semplicemente perchè essa assicura la felicità. E mentre per gli stoici la felicità si otteneva con l'apatia, cioè estirpando dall'anima ogni passione, per gli epicurei invece si otteneva con l'*atarassia*, cioè con l'assenza del dolore, allontanando dall'animo ogni dolore. La virtù dei primi ha un carattere più eroico, la virtù dei secondi ha un carattere più umano. E infatti, anche le passioni sono parti dell'umana natura e perciò non è possibile di estirparle dalla coscienza, lasciando poi stare che non tutte le passioni e non tutti i sentimenti sono condannabili e lo stesso desiderio di raggiungere la felicità e la virtù non può concepirsi senza l'azione dei sentimenti, di cui è in gran parte il prodotto. L'etica epicurea è perciò meglio fondata sulla cognizione della natura umana e dell'umana coscienza. La ricerca del piacere e dell' utile è un fatto naturale e spontaneo, determinato dallo stesso bisogno della propria conservazione, poichè questo bisogno finisce sempre per trasformare in piacere tutto ciò che è favorevole alla conservazione e allo sviluppo dell'organismo e in dolore tutto ciò che riesce ad esso contrario.

Non è dunque il piacere come tale che bisogna condannare, ma solo certe forme di piacere, che direttamente o indirettamente sono in contrasto con le esigenze dell'adattamento. Ed Epicuro questo avea ben compreso, poichè contrariamente alle accuse degli avversari che presentavano questa filosofia come una filosofia sensuale, tutta dedita al godimento materiale, anche nelle forme più abbiette, egli, come hanno ora messo in chiara luce i papiri ercolanensi, raccomandava di cercare i piaceri di ordine elevato, i piaceri spirituali. Da questo punto di vista la morale di Epicureo si contrapponeva recisamente alla morale di Aristippo, con la quale per tanto tempo venne confusa. Noi non dobbiamo, egli dice, ricercare tutti indistintamente i piaceri, perchè ad alcuni segue il dolore, perciò non devono essere ricercati quei piaceri che sono apporta-

tori di un male futuro e al contrario devono ricercarsi quei dolori che arrecano un futuro piacere. Il miglior piacere è anzi il piacere futuro, perchè il piacere presente è sempre, più o meno, mescolato col dolore. Una conseguenza di ciò è che l'uomo non si deve abbandonare agl'impeti di natura, perchè questi danno piaceri presenti che fuggono. L'individualismo nelle scuole epicuree acquista dunque carattere edonistico ed utilitario, non a base sensualista, ma con tendenze di ordine più elevato.

Questo individualismo utilitario doveva poi condurre nel campo del diritto (come del resto è sempre poi accaduto) alla dottrina del contratto. Siccome nel fatto non esistono che individui con le loro rispettive tendenze al raggiungimento della felicità e quindi con i loro rispettivi interessi, il diritto non può sorgere che dall'accordo volontario di questi individui e dalla conciliazione di questi interessi per mezzo del contratto.

Per natura gli uomini sono in continuo conflitto d'interessi, ma la natura stessa li spinge ad uscire da questo conflitto, inducendoli alla stipulazione di un contratto che vale a procurare a tutti il maggiore dei benefizi, quello della sicurezza. L'elemento necessario in questa dottrina risiede appunto nell'impulso naturale a stipulare il contratto, ma il diritto è invece un fatto volontario, essendo conseguenza di un accordo di volontà fondato sulla considerazione dell'utile. L'obbligo reciproco non viene più dalla natura, ma viene dalla reciproca stipulazione. Non vi è perciò un diritto naturale nel senso degli stoici, perchè il diritto naturale non è altra cosa che un patto di utilità, di cui l'oggetto è di non ledersi reciprocamente e di non venir lesi. Per gli esseri che non possono stipulare tali contratti non vi è nulla di giusto o d'ingiusto; e l'istesso va detto di quei popoli i quali non hanno voluto o non hanno potuto addivenire a una tale stipulazione (1).

---

(1) Si veda il noto libro del Guyon, *La morale d'Epicure et res rapports avec les doctrines contemporaines*. Paris, 1881. Anche Lasson, op. cit., pag. 68.

Come in tutte le dottrine contrattualiste, abbiamo qui una incompleta percezione dei momenti onde è determinata l'umana condotta, accompagnata da un esagerato apprezzamento di certi processi emozionali e volitivi. Questi vengono come isolati dagli altri processi psichici, perchè tutta l'attenzione si porta su di essi, mentre gli altri fatti della coscienza che cooperano con questi o sono con essi in contrasto o ne paralizzano l'azione, sono messi da parte e interamente trascurati.

§ 10. — Da questo rapido sguardo alle principali dottrine etico-giuridiche dei Greci dal punto di vista psicologico, possiamo vedere come l'elemento psichico, che sta a base di tali dottrine, cominciasse ad apparire fin da quando la speculazione cominciò a portarsi sui fatti umani e sulla natura e sulle conseguenze delle umane azioni. Ed acquistò maggior rilievo dal momento in cui si cercò un fondamento certo e stabile per una legge, come ora diremmo, regolatrice degli umani rapporti.

Il primo aspetto che questo elemento psichico doveva presentare, era naturalmente il suo aspetto più visibile, più facile ad essere afferrato in un periodo in cui l'analisi psicologica era ancora al suo inizio. Onde i fatti della condotta vengono direttamente messi alla dipendenza dei processi rappresentativi. Ad un primo esame del fenomeno, l'intelligenza e la ragione sembrano le sole cause di ogni atto e di ogni rapporto e perciò i fatti etici vengono considerati come opera di esse. Non era allora il caso di domandarsi come l'intelligenza e la ragione potessero direttamente condurre all'atto e guidare la condotta.

Ma questa tendenza puramente intellettualista si tempra quando un esame più profondo della coscienza mette in rilievo l'azione del sentimento; per cui la condotta morale viene concepita in connessione con certi sentimenti, con certe aspirazioni, con certi desideri o *manie* (per adoperare il linguaggio platonico) verso gl'ideali che devono guidare la coscienza; onde non è più la semplice ragione, ma la ragione accoppiata con certi sentimenti che muove alla conquista del bene e della giustizia. Finalmente, un'analisi ancora più profonda mette in rilievo l'azione della volontà e fa balenare alla mente che senza

questa forza interna di carattere più attivo, non sarebbe possibile una vera e cosciente coordinazione di atti e le azioni non si potrebbero consolidare in forme coerenti e durature di condotta.

Questi tre momenti vengono rappresentati a preferenza da Socrate, da Platone e d'Aristotele.

Malgrado peraltro queste differenze, che solo un'analisi molto accurata e sottile può mettere in rilievo, la tendenza prevalente nella psicologia rimane pur sempre l'intellettualismo, onde l'elemento psichico informatore delle dottrine etico-giuridiche s'impernia a preferenza sui processi rappresentativi della mente. Nè questa tendenza viene a spostarsi essenzialmente nelle due scuole postaristoteliche di cui abbiamo parlato: la *naturalis ratio* è sempre il principio dominante cui s'ispira l'etica stoica, mentre la parte che gli epicurei accordano all'elemento volitivo nella genesi del diritto, è piuttosto una conseguenza dell'egoismo utilitario, cui è dominata quella scuola, anzi che il frutto di un'analisi e di una considerazione dei fenomeni psichici. Manca in essi, come abbiamo detto, il concetto di una chiara connessione dei processi volitivi con gli altri processi della coscienza. Nè tutto ciò poteva essere diversamente: la psicologia era ancora nell'infanzia e non era perciò possibile di assorgere a una concezione completa dell'elemento psichico, che sta a base dei fenomeni della condotta, onde la parte, diciamo, più visibile di tale elemento (cioè i processi intellettuali) doveva pur rimanere come parte preponderante in quelle concezioni.

Ma ad una completa comprensione dell'elemento psichico faceva ostacolo un'altra causa, conseguenza anch'essa dell'infanzia della psicologia, vogliamo dire l'impossibilità di elevarsi al concetto di una psicologia sociale. Come sappiamo, il fondamento psicologico del diritto va a preferenza ricercato nella psicologia sociale; senza un chiaro concetto della coscienza collettiva non è possibile di giungere a un chiaro apprezzamento del carattere psichico della norma di condotta; anzi non è possibile di comprendere la vera essenza di essa quale principio regolatore dei rapporti umani. L'idea pertanto di una psicologia collettiva non poteva presentarsi neppure in una forma em-

brionale quando la psicologia individuale era ancora nell'infanzia: e perciò essa non apparisce in nessuna delle scuole di cui abbiamo parlato. La psicologia della Repubblica platonica è sempre una psicologia a base individuale, quantunque s'innalzi a un punto di vista più largo e venga trasportata a interi gruppi d'individui.

Questa è una delle cause che impediscono all'etica antica di elevarsi all'idea chiara della norma etica e al criterio di distinzione fra la norma etica e la norma giuridica siccome un comando della volontà collettiva, capace di diventare effettivamente obbligatorio. Se l'etica antica s'indugia a prefereuza nella descrizione della virtù, nella determinazione e nella classificazione di esse, nel problema di sapere quale sia la virtù prevalente e se le virtù possano ridursi o subordinarsi a una sola, ciò dipende in molta parte dal carattere individuale dell'elemento psichico su cui essa si fonda o può fondarsi. Mentre poi nel campo del diritto apparisce e si delinea in seguito assai chiaramente, sopra tutto da Aristotile in poi e in modo più accentuato nelle scuole stoiche, la distinzione fra un diritto naturale e un diritto dipendente dalla volontà degli uomini. Distinzione questa che, per mancanza principalmente di una chiara cognizione del modo come si formano i processi psichici nella coscienza individuale e nella coscienza collettiva, doveva condurre a concepire il diritto naturale come assoluto e immutabile, a dare ad esso la prevalenza siccome un diritto conforme a ragione e a porre in seconda linea il diritto positivo, negandogli ogni importanza come a un prodotto accidentale dell'arbitrio degli uomini.

Capitolo III.

L'elemento psichico nello sviluppo pratico del Diritto romano.

§ 11. — Nella filosofia greca si può sorprendere l'azione dell'elemento psichico nelle dottrine etico-giuridiche; nello svi-

luppo del diritto romano si può invece vedere come questo elemento si comporti di fronte alla pratica.

Lo spirito del popolo romano si riflette tutto intero nel suo diritto, e se questo ha avuto un ampio e secolare sviluppo e ha potuto raggiungere un grado di perfezione, per cui ha destato l'ammirazione di tutti i popoli in tutti i tempi, ciò è principalmente dovuto a certe qualità psichiche di quel popolo, prodotte, sia da benefiche mescolanze etniche, sia da fortunate condizioni d'ambiente.

È stato innanzi tutto osservato lo spirito pratico dei Romani, per cui la loro mente incapace di volgersi alle astrazioni filosofiche e d'innalzarsi alle ardite costruzioni del pensiero, si mostrò eminentemente atta a comprendere le esigenze della vita e a trovare i modi e i mezzi per affrontarle e accontentarle nella maniera più efficace e più rispondente agli scopi pratici della convivenza. Quindi non originalità di sistemi filosofici, di dottrine politiche, e neppure ulteriore svolgimento delle dottrine elaborate dal pensiero greco; ma invece, senno politico squisito, attitudini spiccate alla vita pubblica, acutezza nel percepire i lati pratici delle cose e dei rapporti umani.

A questa tendenza caratteristica del Popolo romano sono congiunte altre qualità (messe assai bene in rilievo dallo Jhering) che ne costituiscono l'esplicazione e il complemento. Innanzi tutto tra queste qualità vediamo l'egoismo, ma non un egoismo ristretto intellettualmente e moralmente, che trova la sua soddisfazione in vantaggi meschini e momentanei, ma un egoismo « grandioso, magnifico nello scopo che si propone, ammirabile nella logica e nell'ampiezza delle sue concezioni, che s'impone con una energia di ferro, con la costanza e con l'abbandono con cui tende al suo scopo lontano ». E questo egoismo determina « la più grande tensione di forze morali e intellettuali; è la sorgente delle grandi azioni e delle grandi virtù » (1).

---

(1) *Esprit. du droit romain.* — Trad. par MEULENAERE. Paris, 1886, t. I, p. 315 e seg.

Onde, per quanto possa sembrare in apparenza colossale, le qualità del carattere romano: il valore, l'amore della patria, la religiosità, il rispetto della legge, trovano la loro radice in questa forma di egoismo; perchè esso rinchiude « la più grande energia di carattere, il valore, un saldo impero su di sè, la costanza, l'abnegazione di fronte a uno scopo comune, tutte insomma le qualità che troviamo presso i Romani ».

Accanto a questa qualità, anzi congiunta con essa, è il senso squisito dell'opportunità, che permette di vedere le cose nella loro completa realtà, e quindi, non solo di concepire e di porre degli scopi possibili e meglio in armonia con le esigenze della vita, ma anche di scoprire i mezzi più adatti per conseguirli. « I Romani, oso dirlo, nota la stessa autorità, non potevano concepire niente d'inopportuno; sapendolo o non sapendolo, essi guardavano tutto dal punto di vista dell'opportunità; e al pari dei Greci, che senza volerlo e senza saperlo, trovavano il bello perchè la loro intera natura era penetrata dall'idea del bello, i Romani trovavano meccanicamente l'opportuno » (1). Questo senso di opportunità essi lo portavano in tutte le cose della loro vita, come in tutte le concezioni e le aspirazioni della loro mente, perfino nelle manifestazioni del sentimento religioso, e il loro Olimpo ne è la prova più evidente. « Roma non poteva conoscere e onorare che ciò che aveva uno scopo; degli dei che avessero vissuto senza una missione determinata, ai suoi occhi non sarebbero stati che poltroni. Così ogni dio romano aveva la sua sfera d'azione pratica, il suo posto a così dire, dal quale e per il quale esisteva ». Per cui si può giustamente dire che il mondo romano sia il trionfo dell'idea di opportunità (2).

Due altre qualità mette ancora in rilievo lo scrittore citato e cioè la logica rigorosa e lo spirito conservatore (3).

---

(1) Jhering, op. cit., pag. 317.
(2) Idem, pag. 319.
(3) Idem, pag. 328.

La logica permette di dedurre tutte le conseguenze da un principio dato e di seguirlo persistentemente in tutte le sue applicazioni. Lo spirito conservatore dei Romani fa i Romani cauti e prudenti di fronte alle innovazioni e rende possibile quella lenta, organica evoluzione dei loro istituti giuridici e della loro costituzione sociale, che consiste appunto nel « conciliare le necessità del presente con le tradizioni del passato, rendere giustizia alle prime, senza rompere, nè nella forma, nè nel fondo, con i principii tradizionali del passato » (1).

A tutto ciò poi si unisce quale una delle caratteristiche più spiccate, una volontà ferma, energica, attiva; la quale coordina queste qualità e le fa valere nella realtà della vita, tanto negli antagonismi che si svolgono nel suo interno, quanto nei contrasti con gli altri popoli, con i quali si trovavano mano mano in contrasto. È per opera di questa ferrea volontà che il loro spirito pratico si estrinseca e si fa valere, che il loro opportunismo trionfa, che la loro logica, invece di rimanere un giuoco astratto d'idee e di concetti, si realizza con perseveranza e con coerenza nei rapporti della consociazione e si applica alle esigenze della vita, che infine il loro spirito conservatore si afferma senza debolezze e, in genere, senza esagerazioni.

Collegato con queste qualità e in gran parte conseguenza di esse, sta il senso giuridico e il criterio giuridico dei Romani. Questo popolo apparisce dotato di un senso giuridico speciale, di una speciale attitudine, non solo per cogliere con la mente il lato giuridico dei rapporti umani, ma anche per elaborare e applicare a tutte le più complesse manifestazioni della vita sociale la norma del diritto. Questo squisito senso giuridico si rivela, esternamente, nella stima portata fino all'esagerazione e nell'influenza di cui godevano i giureconsulti, come anche nella parte che occupa il diritto nella vita di quel popolo. « Roma scacciava gli artisti; i sacerdoti, come tali, non erano oggetto di particolari onori, almeno nell'epoca posteriore; ma

(1) Idem, pag. 329.

presso alcun popolo i giureconsulti hanno goduto di una popolarità, di un' influenza e di una stima più grande che a Roma ». E ciò a causa del posto eminente che occupava il diritto nella loro vita. « Il Diritto e lo Stato erano per i Romani ciò che furono la religione per il popolo ebreo, l'arte per il popolo greco: un oggetto di orgoglio nazionale di fronte a tutti i popoli stranieri, la superiorità di cui erano più certi, la calamita dell'ambizione e della forza » (1). Questo senso giuridico si rivela poi internamente, tanto nella logica severa, coerente, quasi spietata con cui essi svolgono i loro istituti mano mano da certi determinati principii o da certe date norme; come nel modo come essi cercano di adattare i loro sistemi coerenti alle esigenze della pratica, alle incoerenze della realtà.

§ 12. — È in queste qualità che vanno adunque ricercate le prime basi psichiche del diritto romano e le ragioni prime della sua progressiva evoluzione. Qui ci troviamo, non di fronte a sistemi filosofici, ma di fronte a sistemi pratici del diritto, in cui, per opera di un naturale istinto si vedono armonizzati elementi in apparenza di carattere opposto. Quest'armonia, non è un fatto che si annunzi fin da principio in modo completo, ma è un fatto che si va mano mano svolgendo a misura che si producono, si svolgono, si fondono e si contemperano le qualità di quel popolo, dando origine a formazioni psichiche collettive e a tendenze comuni.

È quindi indubitato che, a base di quest'armonia in seno del diritto, sta un'armonia di processi psichici e di tendenze, e quest' armonia non si ottiene con un equilibrio perfetto, ma suppone sempre, più o meno, una certa prevalenza di alcuni processi sugli altri. Così, da principio abbiamo un predominio di processi sentimentali, anzi di alcune forme di tali processi, che nel campo del diritto si rivela sopra tutto con la prevalenza dell'elemento religioso e del diritto consuetudinario; in seguito sono i processi rappresentativi che mano mano acquistano la

(1) Idem, pagg. 324-25.

prevalenza e ciò apparisce, nel campo del diritto, sia con l'influenza che alcune dottrine filosofiche vanno esercitando sulle teoriche dei giureconsulti, sia col predominio che a poco a poco assume il *jus scriptum.*

S' intende che qui abbiamo da fare con fenomeni assai complessi che non possono essere attribuiti a una causa sola; ma non si può negare che i processi psichici, causa e in pari tempo anche effetto di tutti i fatti che si svolgono nella convivenza, costituiscono un aspetto molto importante e non trascurabile certamente quando si vuole giungere alla radice delle cose. Noi siamo sicuri che un' analisi dei vari istituti del diritto romano nella loro evoluzione, fatta da questo punto di vista, potrebbe dare risultati fecondi. Per esempio, il carattere apparentemente così rigido e così assoluto del diritto di proprietà, della patria potestà, della servitù nel diritto antico trovano la loro piena spiegazione in una prevalenza di certi processi sentimentali nella coscienza, dalla quale poi venivano anche nella pratica i temperamenti, che davano ai rapporti un carattere ben diverso da quello che poteva essere suggerito dal nudo diritto. Quando poi con l'andare del tempo, l'equilibrio psichico si sposta a vantaggio di altri processi, il diritto rimane un *nudo diritto*, perchè non trova più nelle coscienze quelle disposizioni che ne rendevano tollerabile o non ne facevano sentire la crudezza e la rigidità; per cui esso è costretto a trasformarsi in forme meno rigide e più miti.

Se vogliamo assegnare quale causa di questo fatto la trasformazione delle condizioni sociali, noi non colpiamo che un solo lato del fenomeno, perchè perdiamo di vista che la trasformazione delle condizioni sociali non si può produrre senza una trasformazione delle coscienze, della quale costituisce il lato esterno e più visibile e perciò non è l'aspetto più profondo e più importante del fenomeno. Per produrre il loro effetto sul diritto le condizioni sociali devono passare a traverso le coscienze. Il diritto diventa meno rigido e meno crudo, ma in pari tempo più complesso, più vario, e più duttile, non solo perchè diventano più complessi, più vari e più mobili i rapporti sociali,

ma anche perchè i processi logici prevalgono sui sentimenti primitivi e introducono distinzioni e criterii, che fanno sentire più vivo il bisogno di analizzare, enumerare, precisare, completare.

Il medesimo fatto si verifica, sebbene sotto aspetto alquanto diverso, per ciò che attiene alla procedura, ai mezzi per far valere il diritto ed assicurare gli effetti della sentenza. Quivi troviamo complicazioni di formule e di regole, con cui erano miticolosamente preveduti tutti gli atti che bisognava compiere, tutti gli stadi che bisognava percorrere per far valere il proprio diritto, dalla citazione, all'azione, all'interlocutorio, alla sentenza, all'esecuzione di essa. E tutto ciò veniva assicurato con un insieme di forme solenni, sacre, fisse, anzi cristallizzate, che dovevano svolgersi sempre in quel dato modo e con quel dato ordine, cui non poteva nulla mutarsi, anche nei particolari più insignificanti, perchè prendevano tutto il loro valore, non tanto dal fine cui dovevano mirare, quanto dal loro proprio carattere, dalla solennità misteriosa con cui potevano agire sulla fantasia e destare quei dati sentimenti di rispetto, di obbedienza, di venerazione.

Il predominio di queste forme procedurali è infatti collegato con la prevalenza di certi processi psichici come si manifesta in genere nell'infanzia dei popoli. Esse sono appunto un prodotto di certi processi rappresentativi che si svolgono sotto l'azione prevalente di certi dati sentimenti e riescono per conseguenza, atte a muovere questi sentimenti. Del resto in tale stadio di sviluppo delle coscienze e nella imperfetta organizzazione dei poteri pubblici, solo quei mezzi che erano meglio atti a colpire il sentimento potevano riuscire meglio efficaci a garantire e a far valere il diritto.

Quando, in processo di tempo, queste condizioni si modificano e altri processi psichici tendono a prevalere nella coscienza, le formule si vanno semplificando, si abbreviano, si generalizzano, perdono il loro carattere sacro, la loro importanza assoluta, e cominciano a valere esclusivamente per lo scopo e in quanto servono allo scopo cui sono rivolte e in forza del quale soltanto esse esistono e devono esistere.

§ 13. — Si capisce poi che con le tendenze e con le qualità psichiche innanzi descritte, quel popolo doveva sentire poca attrattiva per la filosofia platonica e per la filosofia aristotelica, mentre doveva provare una certa inclinazione per gl' indirizzi pratici delle scuole postaristoteliche e specialmente per lo stoicismo, il cui indirizzo pratico si distingueva dagli altri per l'importanza che accordava all'energia della volontà.

La mente più filosofica che i Romani posseggono, Cicerone, non è certo un filosofo nel vero senso della parola. Mente pratica, di natura eclettica, egli non costruisce sistemi, ma ricorre ai principii filosofici delle varie scuole a misura che il bisogno gli si presenta per la costruzione delle sue dottrine pratiche. Egli comprende che il diritto non può sorgere che nella società e la società non può esistere che per il diritto: *Quid societas nisi juris societas?* (1) Ma il diritto ha il suo primo fondamento nella ragione divina e nella natura degli uomini, il diritto creato dalla volontà degli uomini è un diritto subordinato, un diritto meramente secondario e transeundo: « Haec igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia » (2). Il diritto naturale *(jus naturae, jus naturalis)* è quindi la radice e il modello del diritto positivo. Su di esso si modella in gran parte il *jus gentium*, mentre il diritto civile, riflettendo le condizioni dei vari luoghi e dei vari tempi è più o meno influenzato da ragioni di opportunità. Perciò il nome di diritto a preferenza si conviene a quello che ha il suo fondamento nella natura. Esso è la vera legge, è la retta ragione, sta scritto nel cuore di tutti, e, immutabile, eterno, fa sentire la sua voce ai buoni e anche ai cattivi. Esso non può essere contradetto dalla legge positiva, poichè il Senato e il Popolo non ci possono sciogliere dall'obbe-

---

(1) *De Republica*, I, 32.
(1) *De Legibus*, II, 4.

dienza che gli dobbiamo. Promulgato e sanzionato da Dio, l'uomo non può rinnegarlo senza negare la sua propria natura e andare incontro alle più grandi espiazioni (1).

La giustizia, come vincolo che tiene la società, non può fondarsi che sull'eguaglianza: se non può eguagliarsi il danaro, se non possono eguagliarsi gl' ingegni, i diritti dei cittadini devono pertanto essere eguali (2) perchè il diritto non si può concepire che in quanto è eguale (3).

Ricerca molto più importante di tutte le scienze astratte è lo studio di ciò che appartiene alla Repubblica. Che importa di sapere quello che accade in cielo se non sappiamo quello che si riferisce agl' interessi che ci riguardano più da vicino? (4). Onde egli si volge a studiare la composizione dello stato sulla base dell'organizzazione politica di Roma, che trova preferibile a tutte le altre quale un governo, aequatum et temperatum ex tribus optimis rerumpublicarum modis, cioè composto con gli elementi costitutivi delle forme semplici (5).

Le teoriche adunque del diritto naturale non isviano la mente e non fanno perdere di vista la realtà del diritto positivo, le condizioni storiche, le esigenze politiche, le quali presiedono alla formazione e allo sviluppo degli stati. Il libro sulla Repubblica ne è una splendida prova. Ivi infatti sono debitamente apprezzati i principali elementi della costituzione dei popoli, è fatta l'apologia della vita politica, dei doveri verso la patria, è descritto lo svolgimento della Repubblica romana, viene dimostrata l'utilità della giustizia nella vita dei popoli e degli stati, e si afferma perfino che la giustizia non è un sentimento innato, perchè altrimenti avrebbero tutte il medesimo diritto e non cambierebbero di legge con cambiare di cli-

---

(1) *De Rep.*, III, 14. — *De Officis*, III, 7, 17.
(2) *De Rep.*, I, 32.
(3) *De Officis*, II, 12.
(4) *De Rep.*, I, 13.
(5) *De Rep.*, I, 45.

ma (1). Certo in tutto ciò non dobbiamo domandare sempre la coerenza, ma dobbiamo piuttosto riconoscere che tutto ciò che è valutazione pratica delle condizioni della vita e del diritto è dovuto a quel senso squisito di opportunità di cui abbiamo discorso; tutto ciò che è affermazione di teoriche generali e di principii astratti, è il prodotto di elaborazioni psichiche le quali non collimano con le tendenze pratiche dello spirito romano.

Questa tendenza pratica domina per conseguenza anche nelle teorie dei principali giuristi. Nelle loro mani il diritto naturale non è un' astrazione, non è un diritto ipotetico, ma diventa un mezzo pratico per trasformare il diritto positivo in rapporto alle esigenze della vita e alle nuove condizioni della società, quindi per spogliarlo dalla farragine ingombrante delle vecchie forme e togliergli quell' inflessibile rigidità che aveva assunto nell'epoca primitiva. E così presso di essi i concetti di *jus naturae, naturalis ratio, ratio aequitatis,* non sono le diverse parti coerentemente legate di un sistema astratto, di una costruzione metafisica, ma sono principii che assumono significati diversi secondo i bisogni della pratica, le esigenze della vita, le aspirazioni della coscienza giuridica, la natura e la logica dei diversi istituti, che si erano venuti o si venivano lentamente elaborando e sviluppando con l' evoluzione di quella società.

Per cui la *natura delle cose* è, ora la logica conseguenza del principio su cui si fonda un dato istituto; ora è il suggerimento del semplice buon senso di fronte a certe evidenti necessità, come ad esempio, che la medesima cosa non possa essere nel medesimo tempo esclusivamente posseduta da più persone, o che non si possa obbligare a dar ciò che non è possibile, o che il vincolo di sangue debba costituire la parentela naturale; ora è invece la chiara percezione del contrasto che si può verificare, eccezionalmente, in certi casi estremi, fra il diritto formale e il suo contenuto, per cui il *summum jus* diventa

---

(1) *De Rep.*, III, 5.

summa injuria; ora è la visione delle conseguenze assurde cui può condurre la rigorosa osservanza di un principio o di una formalità.

Il diritto naturale diventa per tal modo il principio trasformatore del diritto positivo, il modello secondo cui la trasformazione si deve operare e si viene operando. Un insieme di mezzi, quali ad esempio le *actiones utiles,* le *fictiones,* sopra tutto il principio di equità servono all'uopo e valgono a produrre le più profonde trasformazioni senza sconvolgere la compagine del diritto positivo, conferendo anzi ad essa maggiore consistenza, maggiore coerenza, maggiore praticità. Così, per mezzo della *ratio aequitatis,* interi istituti, quali quelli riferentisi alle obbligazioni naturali, alla *restitutio ad integrum,* ai rimedi contro la *laesio enormis,* possono penetrare nel diritto positivo e possono metterlo in armonia con le nuove esigenze della pratica e i nuovi concetti di giustizia senza peraltro modificarne i caratteri essenziali. Tutto ciò non si sarebbe potuto compiere senza il concorso di quelle qualità psichiche, cui abbiamo precedentemente accennato. Anzi volendo trovare esempi veramente dimostrativi dell' influenza che le qualità psichiche di un popolo hanno esercitato sul suo diritto, non potremmo trovarne migliori di quelli in cui apparisce l'azione dell'equità. In essi chiaramente si vede come gli elementi psichici si riflettano sulle formazioni giuridiche e fino a che punto il diritto si possa e si debba spiegare con l'analisi di questi elementi.

Capitolo IV.

Gli elementi psichici nella consuetudine e nel diritto naturale.

§ 14. — Noi non ci siamo proposti di fare la storia del diritto e della sua filosofia, noi vogliamo piuttosto indicare per via di esempi, tolti dal campo delle teorie, come dal campo della pratica, in qual maniera si sia affermata e si affermi l'azione degli elementi psichici sul diritto e come sia impos-

sibile di arrivare a una completa spiegazione scientifica dei fenomeni giuridici senza un debito apprezzamento della loro base psicologica. Onde pel caso nostro bastano poche osservazioni per indicare l'impronta che questi elementi danno al diritto nel periodo medievale.

Quali sono i caratteri psichici più spiccati che danno la sua peculiare impronta a questo periodo storico?

Il periodo medievale è uno di quei periodi storici che sono stati chiamati giustamente periodi di credenza. Ora si sa quali siano le caratteristiche principali di questi periodi.

Nel campo intellettuale manca ciò che si potrebbe chiamare l'iniziativa del pensiero, poichè la mente, più che a determinare nuove sintesi e nuove associazioni d'idee, è a preferenza occupata a ricordare e a riprodurre il pensiero di altre epoche o di coloro che in qualche modo lo rappresentano; onde la potenza intellettuale si esplica tutta nei processi di memoria e di ripetizione. Invece di andare in cerca di regioni nuove, il pensiero si arresta nelle regioni già conosciute e si contenta di ripercorrerle magari con analisi più minuta, ma in genere anche con criterii più ristretti. Ciò che in altri tempi si è pensato, a preferenza una parte di ciò che si è pensato, diventa autorevole e su questa parte il pensiero si ferma. Quello che infatti muove la mente, non è il bisogno di pensare in modo indipendente, ma il bisogno di credere a ciò che altri ha pensato o è stato detto da altri. La peculiarità caratteristica della mente, quella che la domina e l'informa in un tale periodo, è appunto la credenza. La mente non discute, ma si sente trascinata a credere e si crea perciò degl'idoli, che costituiscono le guide infallibili di tutti i processi intellettuali. La credenza e l'autorità sono due fatti che si presuppongono e reciprocamente si rinforzano: la credenza avendo bisogno di un'autorità a cui riferirsi e l'autorità avendo bisogno di una credenza su cui poggiarsi.

Questo nel campo intellettuale. — Nel campo dei sentimenti il fenomeno diventa ancor più caratteristico, poichè è dallo stato dei sentimenti che viene in tal caso principalmente pro-

dotto e mantenuto lo stato di credenza nei processi mentali. I sentimenti che allora prevalgono sono sentimenti di credenza, di ammirazione, di rispetto. Ma ciò che in tal caso a preferenza caratterizza i processi sentimentali non è tanto la forma che allora assumono i sentimenti, quanto il loro grado d'intensità e di costanza. I sentimenti di ammirazione, di rispetto ecc. esistono più o meno sempre nella coscienza; solo che in questo caso acquistono un grado assai elevato d'intensità, si concentrano a preferenza sopra certi dati oggetti, si svolgono a preferenza verso certe date direzioni e vi si mantengono costantemente a traverso le oscillazioni e i contrasti, le combinazioni e le sintesi più varie che si producono nella coscienza. Questa concentrazione, questa costanza è ciò che principalmente dà origine al concetto e al principio di autorità nel campo intellettuale e lo alimenta e lo fortifica una volta che è sorto.

Quello che si produce nei processi volitivi è naturalmente in armonia con ciò che si produce negli altri processi della coscienza. In un periodo di forte credenza viene tolto alla volontà ogni libero slancio. Le forze attive della coscienza si trovano come imprigionate in quelle date forme di coordinazione d'idee, di sentimenti e di atti e sono costrette a svolgersi e a concentrarsi nel senso da esse indicato; per cui i processi volitivi hanno sempre quei dati punti di partenza, hanno sempre una via predeterminata da percorrere per giungere a quei dati punti di arrivo. Essi cioè si ripetono o tendono a ripetersi sempre in quel determinato modo. In altri termini, la costanza con cui si svolgono certi processi rappresentativi e sentimentali non può non riflettersi nei corrispondenti processi volitivi. Si hanno quindi le condizioni più propizie per la formazione dell'abitudine, che sono appunto la ripetizione continua e costante delle medesime deliberazioni e dei medesimi atti. Viene allora meno, rispetto a tali atti, ogni libertà di scelta e la volontà si trasforma in una specie di automatismo semi-cosciente in cui ogni nuovo impulso trova già disposto il cammino che deve percorrere, ogni nuovo stimolo trova le medesime forme di reazione. La forza d'inerzia psichica acquista la prevalenza e questa forza d'inerzia induce

tanto a ripetere il processo una volta compiuto, quanto a seguire nei propri processi l'impulso ricevuto dagli altri (imitazione).

§ 15. — Tutti questi elementi e tutte queste condizioni psichiche sono per eccellenza favorevoli allo sviluppo della consuetudine nel campo del diritto. Un' epoca di credenza è anche un' epoca di diritto consuetudinario, perchè la consuetudine è appunto l'effetto della ripetizione, l'effetto dell'autorità che il fatto acquista con la ripetizione, dei sentimenti che si connettano con la formazione dell'autorità, della disposizione mentale che induce ad accettare e ad iniziare ciò che gli altri hanno fatto e della ripugnanza a imitare e a fare in maniera diversa.

La credenza è per eccellenza conservatrice come è conservatrice la consuetudine, non ammette discussione, come non ammette discussione il rapporto giuridico che, a furia di ripetersi, si è in certo modo organizzato nella coscienza sociale. O pure, se la consuetudine innova mossa da nuove esigenze, innova in modo lento, impercettibile, tanto che l' innovazione può passare inosservata o può apparire dopo un lasso di tempo più o meno lungo quando le innovazioni lentamente accumulate danno origine a formazioni nuove, a nuovi istituti giuridici. Ma allora l'innovazione si è già incorporata nelle coscienze per il lungo suo processo formativo e non si trova più in contrasto con le tendenze dominanti come quando si produce improvvisamente, da un momento all'altro. Essa ha potuto seguire la trasformazione dei bisogni e si è trovata sempre in relazione con essa, di modo che nessun contrasto viene a rivelare chiaramente, in modo crudo e subitaneo, l'innovazione avvenuta e a richiamare l'attenzione su di essa.

Si comprende poi che, se questo insieme di condizioni era estremamente favorevole alla formazione del diritto per mezzo della consuetudine, non era poi, per le medesime ragioni, favorevole alla formazione del diritto per mezzo della legge. La legge infatti richiede e apporta un' innovazione improvvisa, implica un' iniziativa, un atto energico di volontà, capace di vincere l' inerzia psichica e di promuovere una coordinazione di atti

più o meno diversa di quella divenuta abituale e più o meno in contrasto con essa. La legge è, sotto un certo aspetto, la negazione del principio di autorità che si collega col passato, perchè in qualche maniera modifica sempre le associazioni d'idee e di sentimenti che su di esse si fondano con introdurre un principio nuovo cui deve essere tributato il medesimo ossequio che ai principii tradizionali.

Questo dunque deve accadere in un periodo di credenza e questo vediamo che infatti accade nel periodo medievale. Non solo la consuetudine giuridica, ma il costume in genere acquista allora un'assoluta e incontestata prevalenza. I rapporti sociali si ordinano tutti in base al processo di ripetizione e al principio di autorità; e il costume regola tutto, prevede tutto, provvede a tutto, s' infiltra da per tutto nei rapporti sociali, nei fatti più insignificanti come nelle più importanti azioni della vita: la sua autorità è da tutti accettata senza discussione. Il diritto perciò acquista un'impronta assolutamente consuetudinaria e la sua forza obbligatoria si fonda sulla consuetudine. Sia che si tratti del vecchio diritto romano, sia che si tratti del nuovo diritto germanico, sia che si tratti delle combinazioni e delle formazioni cui avevano dato luogo i due diritti posti l'uno di fronte all'altro e di fronte alle esigenze nuove, la caratteristica prevalente è sempre la consuetudine e la sua forza risiede sempre nell'autorità, nella tradizione, nell'esempio, in genere, nella ripetizione. Le leggi, gli statuti, o sono raccolte di consuetudini, o sono elaborazioni di consuetudini o attingono la loro forza ad elementi affini a quelli che operano nella consuetudine (elemento religioso, elemento tradizionale, spirito di conservazione ecc.) piuttosto che all'autorità del legislatore e alla forza di cui questi può disporre per farle valere.

§ 16. — Tutto l'opposto invece accade quando altre condizioni psichiche determinano quello che si chiama un *periodo di discussione;* quando cioè, sul cadere del medioevo, una quantità di cause apportano un cambiamento radicale nello stato delle coscienze e s' inizia, col risorgimento, una nuova filosofia, un nuovo orientamento del pensiero, dei sentimenti,

delle aspirazioni, tanto nel campo ideale, che nel campo pratico.

Le caratteristiche di un periodo di discussione sono infatti diametralmeute opposte a quelle che prevalgono in un periodo di credenza.

Nel dominio intellettuale spicca a preferenza quella proprietà che abbiamo chiamato l'iniziativa del pensiero: più che a ricordare, la mente si sente chiamata a ricostruire, a produrre nuove associazioni d'idee, nuove sintesi. Essa non vuole riprodurre ciò che hanno fatto gli altri, ciò che hanno prodotto altre epoche storiche, sopra tutto, ciò che ha prodotto il periodo antecedente, essa vuole possibilmente riedificare per conto proprio e la potenza intellettuale è tutta rivolta a ricercare, a scoprire nuove idee e nuovi rapporti, o idee e rapporti che appariscono quale una novità di fronte alle idee fin allora prevalse, a combinare in nuove maniere le idee e i rapporti già conosciuti. Essa tenta nuove forme di adattamento intellettuale ed è tutta assorbita da questi tentativi. Il pensiero non sa arrestarsi alle regioni conosciute, ma cerca regioni nuove o percorre con criterii diversi le regioni già note, perchè ora esse appariscono sotto una luce diversa e acquistano aspetti che prima non presentavano o non erano stati percepiti. Per questo perde ogni autorità ciò che si era pensato nell'epoca anteriore, anzi il vecchio pensiero viene sottoposto ad analisi, a critiche anche eccessive, dalle quali dovrà riuscire distrutto o ringiovanito da nuove forme. Ciò che muove la mente non è il bisogno di credere quello che altri ha pensato, ma di pensare in modo indipendente, di pensare per quanto è possibile, con la testa propria.

La peculiarità caratteristica della mente in tal periodo, quella che la domina e l'informa, è la critica. La mente non crede, ma si sente trascinata irresistibilmente a discutere, a criticare, negando ogni autorità che volesse imporsi con la forza della tradizione e dell'esempio. La discussione e la critica sono due fatti che si presuppongono e reciprocamente si rinforzano, poichè la discussione non è possibile senza lo spirito critico, men-

tre questo si alimenta e si rinvigorisce con la discussione. Infatti sorge la discussione quando le vedute su di un medesimo principio non sono conformi, quando cioè quel principio non si accetta come un domma di fede; ma allora la discussione conduce necessariamente a un'analisi critica di detto principio.

Anche nel dominio dei sentimenti si possono osservare queste medesime tendenze, perchè i sentimenti che allora prevalgono sono sentimenti di ordine opposto a quelli che caratterizzano il periodo di credenza. Non più i sentimenti di rispetto o di ammirazione, ma i sentimenti d'indipendenza, di dubbio, di disprezzo o di odio anche, verso ogni forma o verso determinate forme di autorità, sono quelli che tendono allora a prevalere. Ma sopra tutto la nota, la tendenza allora dominante nello stato del sentimento, è appunto la tendenza diametralmente contraria a quella che si rivela nel periodo di credenza. Come allora il sentimento tende a concentrarsi, in questo periodo tende invece a disperdersi, a sparpagliarsi verso una quantità di oggetti e di direzioni; e questa dispersione è appunto ciò che rende difficile la formazione di una credenza, di un principio di autorità generalmente rispettato o contribuisce a distruggere quelli che tendono a costituirsi. Essa dà anche l'illusione di una mancanza o di una diminuzione di sentimento in questo periodo, come il frazionamento di un grosso fiume in una quantità di sottilissimi fili d'acqua può far sorgere l'illusione che le acque di quel fiume siano divenute più scarse.

Questi fatti e queste tendenze si riflettono poi nei processi volitivi, e sono anche da questi processi notevolmente influenzati, essendo la coscienza tutta una sintesi che possiamo scindere solo in modo artificiale a scopo di analisi. In questo periodo infatti la volontà acquista il suo più libero slancio, la più grande libertà di scelta, perchè le forze attive della mente, non essendo dominate da motivi assorbenti, si trovano in uno stadio di massima autonomia fra motivi di forza media e d'intensità poco diversa. Onde non vi sono punti di partenza, nè punti di arrivo, nè vie da percorrere precedentemente fissate; ma la volontà può scegliere tra vari punti di partenza e percorrere

a piacimento qualunque via, per arrivare a risultati nuovi. La tendenza alla ripetizione è allora poco accentuata nei processi volitivi, poichè l'inerzia psichica è ridotta, a così dire, al minimo; e ciò si mostra chiaramente nel bisogno del nuovo, del diverso, nel cambiamento continuo degli scopi a cui son rivolte le attività della coscienza. Si hanno perciò le condizioni meno propizie per la formazione delle abitudini e di tutto ciò che può imprimere carattere automatico alle deliberazioni della volontà e al coordinamento degli atti.

§ 17. — Dato questo insieme di condizioni psichiche non è difficile comprendere quali siano le tendenze che debbano dominare nel diritto, tanto nella teoria che nella pratica.

Nella teoria deve dominare la tendenza a una spiegazione razionale del fenomeno giuridico, la quale respinge ogni principio autoritario imposto dalla tradizione e la tendenza in pari tempo a una spiegazione individualistica, la quale venga a riconoscere in ogni individuo quelle qualità, senza cui la discussione non sarebbe possibile e lo autorizzi in pari tempo a portare il suo contributo alla dottrina del diritto e ad avervi un posto fondamentale. Questa è appunto la dottrina, anzi il complesso delle dottrine, che vanno sotto il nome di *diritto naturale.*

Tali dottrine, come sappiamo, fondano tutte il diritto su di alcune ipotesi, che ammettono la discussione e la critica. E quantunque ciò non risulti sempre dal modo come quelle ipotesi vengono messe, risulta pur sempre dal fatto che esse danno luogo alle discussioni più svariate e alle più svariate dottrine. Non importa poi che in seguito esse possano alla loro volta generare nuove forme di credenza. La dottrina del diritto naturale anzi, fino a un certo punto, si va svolgendo come una dottrina critica per la prevalenza che in essa a poco a poco assume l'elemento razionale. E tale elemento finisce per diventare così prevalente, da assorbire poi del tutto l'elemento naturalistico, su cui in origine la dottrina si era basata. Il diritto naturale, in altri termini, si trasforma in un diritto razionale e con questa trasformazione, mentre raggiunge il massimo del suo sviluppo, viene poi in pari tempo a trovarsi al principio della

sua decadenza, poichè, da astrazione in astrazione, il pensiero raggiunge il punto in cui la dottrina si trasforma in credenza.

La tendenza individualistica è poi schiettamente accentuata nelle dottrine del diritto naturale e vi si va sempre più accentuando. Per quelle dottrine infatti il diritto ha la sua origine, il suo punto di partenza e il suo punto di arrivo nella umana individualità. Questo diritto non ha bisogno, nè della società, nè dello stato, anzi, secondo la vecchia tendenza, il vero e proprio diritto naturale è anteriore e superiore alla società, ed è tanto più puro, quanto più gli uomini vivono nell'isolamento e si avvicinano alla natura *(stato di natura)*. Le modificazioni che la dottrina ha ricevuto in seguito si sono tutte svolte nel senso individualistico, poichè la stessa società e lo stato riconoscono sempre, secondo essa, la loro origine dalla volontà dell'individuo.

Questo nel campo della teoria. Ma anche nel campo della pratica quelle condizioni e quelle tendenze dovevano produrre il loro effetto e anche esso doveva essere del tutto opposto a quello che si produce nell'epoca di credenza. Mentre allora la fonte del diritto che acquistava maggiore importanza era la consuetudine, ora la fonte che sale in prima linea non può essere che la legge. Quando la forza della tradizione s'indebolisce, l'abitudine diventa oscillante, il costume è scosso dalla discussione, il diritto non può apparire che quale un diretto comando dello stato, che ha la forza morale e materiale per farlo valere; e la legge è appunto la forma del diritto in cui tale comando diviene più diretto e più chiaro. La legge inoltre risponde alle esigenze critiche e non solo sopporta la discussione, ma ne è, si può dire, una conseguenza. La consuetudine sorge e viene accettata senza discussione, poichè la discussione opera su di essa i medesimi effetti che sulla credenza, cioè ne indebolisce l'autorità e può anche distruggerla. Invece la legge può essere preparata da tutto un periodo di discussione ed è tanto più perfetta e riesce tanto più adatta ai suoi scopi, quanto più questa discussione è larga e completa. La discussione anzi può non cessare anche dopo che la legge è emanata, senza che ne diminuisca l'autorità, però che essa poggia su di un testo pre-

ciso e sulla volontà del legislatore: elementi questi che non possono venire intaccati dalla discussione. Di più è anche un bene che la discussione continui, servendo essa a mettere in evidenza i difetti della legge, e potendo indurre il legislatore a modificarla in quelle parti, che appariscono difettose o ad abrogarla del tutto.

Finalmente la legge risponde a quel bisogno di mobilità e cambiamento che caratterizzano un periodo di critica, a quei mutamenti d'idee e di punti di vista che la discussione di frequente produce; quindi, con la relativa semplicità dei suoi mezzi, soddisfa l'impazienza di vedere attuate le nuove aspirazioni, i bisogni che mano mano si delineano nella coscienza pubblica e di vederli attuati nel minor tempo e col minore impiego di mezzi.

Per tutte queste ragioni, in un periodo di discussione e di critica, la legge deve costituire la fonte prediletta e come tale, acquistare un decisivo sopravvento sulla consuetudine. Anche questo vediamo che accade appunto in questo periodo. Il periodo in cui sorgono e in cui trovano favore le dottrine del diritto naturale è anche quello in cui s'incomincia a prediligere la legge e in cui più si crede alla onnipotenza del legislatore. Le opinioni più esagerate intorno all'onnipotenza della legge trovano facile credito e numerosi seguaci. Il legislatore può tutto, può operare le più prodigiose trasformazioni nella vita e nei caratteri dei popoli: rimedia tutti i mali, sana tutte le piaghe, assicura la prosperità e il benessere, quando opera con sapienza e virtù; produce invece i più gravi danni, la corruzione e la dissoluzione dei popoli, quando opera con ignoranza o con mala fede. La legge apparisce quindi come una grande potenza rigeneratrice o distruggitrice, secondo i casi e il modo come viene usata e le buone leggi vengono invocate con la più sincera fiducia e col più grande slancio come il rimedio più sicuro contro i mali che affliggono l'umanità.

Capitolo V.

Le teorie della reazione.

§ 18. — Queste teorie e queste tendenze arrivano al loro massimo grado di sviluppo e di esagerazione al periodo della rivoluzione francese e, come si sa, sono quelle che appunto dirigono il movimento rivoluzionario e contribuiscono a spingerlo verso i più deplorevoli eccessi. La rivoluzione francese rappresenta il trionfo del diritto naturale e della legge condotte alle loro estreme e più esagerate conseguenze. La reazione quindi non doveva tardare.

Essa si annunzia ben tosto nel campo della teoria e nel campo della pratica e le nuove tendenze psichiche da essa determinate vengono alla loro volta a riflettersi anche nel campo del diritto. Quali erano le tendenze psichiche onde doveva essere caratterizzata la reazione? Esse dovevano essere naturalmente di ordine opposto a quelle che avevano trionfato con la rivoluzione e ne avevano costituito i fattori più importanti. La rivoluzione aveva rappresentato il trionfo e in certo modo l'orgia della ragione individuale, del pensiero indipendente, sciolto da ogni vincolo e da ogni riguardo; la reazione rappresenta il ritorno alla tradizione e alla credenza, la prevalenza del sentimento collettivo sulle idee individuali, e per conseguenza, la parte, diciamo così, più stabile della coscienza, sulla sua parte più oscillante e mutevole.

La rivoluzione era stato il trionfo dell'individualismo più ardito e più sbrigliato, il trionfo dell'individuo, come tale, preso indipendentemente da tutti i legami di famiglia, di società, di stato, dalle condizioni di ambiente fisico e sociale e quindi dall'influenza di clima, di razza, di nazionalità, d'incivilimento, dai suoi gradi di sviluppo fisico e psichico, l'individuo, come unità astratta. La reazione doveva segnare il ritorno all'uomo concreto, all'uomo nei suoi vincoli di convivenza, nei suoi gradi di sviluppo, nei suoi rapporti con l'ambiente; e doveva perciò accordare la massima importanza alle formazioni collettive e al

posto che esse occupano nella storia dell'umanità. La rivoluzione aveva rappresentato nel modo più crudo il trionfo dei processi costruttivi, dei processi di fantasia, la reazione doveva rappresentare il trionfo dei processi di memoria. La rivoluzione aveva rappresentato nel modo più crudo il principio di libertà, la reazione doveva rappresentare il ritorno più accentuato al principio di autorità.

§ 19. — Queste nuove tendenze psichiche segnano perciò un nuovo indirizzo del pensiero e dei sentimenti, che è rappresentato dalla scuola storica e si afferma nel campo della politica con Burke, nel campo dell'arte col romanticismo, nel campo della filosofia, con Hegel in Germania (dal punto di vista dell'idealismo), con Comte in Francia (dal punto di vista positivo), finalmente nel diritto con Hugo, Savigny, Puchta ecc.

La scuola storica del diritto è appunto la conseguenza delle tendenze psichiche prodotte dalla reazione e che hanno anzi ispirato la reazione contro le dottrine del diritto naturale e le idee e i fatti che avevano trionfato con la rivoluzione; per cui, dal lato teorico, essa segna il ritorno alla tradizione e alla continuità storica, dal lato pratico segna la riabilitazione della consuetudine e il discredito della legge e della codificazione.

I pregi e i difetti di questo nuovo indirizzo, che ha certo segnato un fecondo rivolgimento nella vita del diritto, son dovuti, in ultima analisi, alle tendenze e alle condizioni psichiche onde è stato determinato. Se la scuola storica ha veduto che il diritto non è una pura creazione della fantasia del legislatore o dell'arbitrio degl'individui, ma una lenta formazione storica, che scaturisce dalla coscienza giuridica ed è preparato dai bisogni e dalle condizioni di un popolo; ciò è avvenuto perchè essa era dominata da uno spirito conservatore, dai sentimenti di rispetto verso il passato, dal bisogno di ricercare per il diritto un fondamento stabile al di fuori e al di sopra dell'arbitrio individuale. La società, scossa dalle sue basi, era stata costretta a portare la sua attenzione ai rapporti fra l'individuo e la convivenza e ad accordare a questa una importanza ben

maggiore, perchè è l'elemento più duraturo, quello in cui si accumula e per cui opera la tradizione, quello la cui influenza è illimitata e la cui azione si svolge a traverso i secoli. Questa scuola doveva essere naturalmente condotta a riguardare come precipua e quasi esclusiva, o almeno quale vera fonte del diritto quella in cui è meno accentuata l'opera dell'individuo e in cui più si scorge l'opera dell'azione sociale, cioè a dire la consuetudine, formazione quasi istintiva, risultante da un complesso di forze, di fronte alle quali l'individuo sparisce.

E così essa accorda importanza grandissima a un altro fatto collettivo nella formazione del diritto, cioè la coscienza del popolo, la coscienza giuridica: prodotto psichico sociale che si riflette nella coscienza di ciascun individuo, rispetto al quale l'individuo, isolatamente preso, non può esercitare alcuna influenza, o un'influenza ben debole e ben circoscritta.

Tutti i pregi, come tutti i difetti della scuola storica sono principalmente dovuti all'influenza di queste tendenze psichiche. Se essa arriva a concepire una legge di storicità nel dominio del diritto, ciò è dovuto al fatto che essa in forza delle tendenze onde è mossa, vede il diritto come un fenomeno del passato; se essa guarda a preferenza il diritto dal lato della sua stabilità, della sua lenta ed organica formazione, ciò avviene perchè essa è dominata da un profondo spirito conservatore; se essa dà maggiore rilievo all'azione del sentimento, al sentimento di giustizia, al sentimento del popolo, ciò avviene perchè questo è l'elemento più stabile, perchè penetra più a fondo e informa tutta la coscienza; se essa finalmente dà risalto all'azione sociale e trascura il contributo dell'individuo, ciò dipende principalmente dalla considerazione che la società rappresenta un insieme di forze che non si esauriscono in un momento e non mutano improvvisamente direzione come il capriccio dell'individuo.

§ 20. — Come i suoi pregi, così i suoi difetti. Le accuse e le critiche rivolte a questa scuola sono parecchie, ma tutte sono facilmente spiegabili quando si tiene conto di tali tendenze. Così, le sue esagerate predilezioni per le antichità e anche il

« romantico desiderio » di vedere riattivate condizioni giuridiche da gran tempo scomparse, si spiegano facilmente con la prevalenza dello spirito conservatore e con i sentimenti di rispetto e di venerazione verso il passato, che quello appunto determina. E parimenti il modo vago con cui concepisce quella che dovrebbe essere, secondo essa, la fonte precipua del diritto, cioè la coscienza giuridica del popolo, l'indeterminatezza in cui avvolge i rapporti fra questa fonte e la consuetudine e in genere il diritto positivo, l'incertezza in cui lascia i caratteri specifici del diritto positivo, tanto che alcuni hanno potuto financo accusarla di essere pur sempre rimasta nell'orbita del diritto naturale, sono tutti effetti della medesima causa.

Essendo una teoria di reazione e, sopra tutto di reazione dei sentimenti sulle idee, la scuola storica doveva a preferenza appigliarsi al lato sentimentale, diciamo così, del fenomeno giuridico. Essa, più che sul concetto del diritto, si fonda sul sentimento del diritto e la sua *coscienza popolare* è a preferenza uno spirito popolare, un *Volksgeist*, quindi per sè stesso qualche cosa di vago e d'indistinto. Non era perciò possibile che la scuola storica desse una descrizione chiara di questa precipua fonte del diritto, poichè essa non si presentava chiara nella mente dei suoi seguaci, ma vi assumeva i contorni sfumati, i caratteri indistinti di una formazione del sentimento. E di questo *qualcosa di vago* aveva appunto bisogno quella scuola per reagire contro i concetti troppo chiari, simmetrici, logici, formali delle dottrine del diritto naturale. Essa aveva bisogno di un *quid* verso il quale i sentimenti di rispetto avessero potuto rivolgersi e sul quale avessero potuto concentrarsi le tendenze conservatrici, un *quid* che avesse qualcosa d'indistinto e di misterioso e potesse perciò stesso agire con maggior forza sulle fantasie; un *quid* che rappresentasse come un elemento stabile in mezzo alle oscillazioni delle opinioni e delle dottrine. E a queste esigenze rispondevano assai bene i concetti indeterminati di *coscienza del popolo*, di *spirito del popolo*, quando però fossero lasciati allo stato vago e confuso con cui si affacciano alla mente prima di essere sottoposti a un'analisi scientifica.

Tale analisi essa doveva certamente evitare, poichè l'analisi sarebbe appunto venuta a distruggere quei caratteri, di cui la scuola aveva maggiore bisogno. Sottoporre a profonda analisi quei concetti significa togliere ad essi ogni mistero, esporre alla critica ciò che non deve essere criticato, rendere oscillante ciò che avrebbe dovuto costituire il centro stabile del nuovo indirizzo. Se la scuola storica avesse approfondito quei concetti, essa non sarebbe stata più la scuola storica, cioè, una dottrina di reazione.

Ciò non significa peraltro che essa operasse in tal modo con piena coscienza e fosse indotta per queste ragioni a lasciare nel vago e nell'indistinto il suo primo punto di partenza; essa operava ciò in forza delle tendenze psichiche, onde era dominata, senza rendersene piena ragione. E queste medesime tendenze psichiche rendevano impossibile un'analisi profonda della coscienza giuridica, lasciando poi stare che allora una vera e propria psicologia sociale non era ancora sorta o cominciava appena ad adombrarsi nel formalismo intellettualistico della psicologia herbartiana; per cui essa poteva tanto più facilmente seguire i suoi propri impulsi, senza provare il bisogno di una critica e di un'analisi, che avrebbero potuto trovarsi in contrasto con questi.

Per il medesimo ordine di cause rimane in essa poco chiara la distinzione fra il diritto positivo e il diritto non positivo, come anche la posizione che lo *spirito del popolo* ha di fronte all'uno e all'altro e finalmente rimane poco chiaro il fondamento e la natura della forza obbligatoria della consuetudine, che pure è per quella scuola la fonte più importante del diritto positivo.

Queste incertezze le hanno, come abbiamo detto, attirato l'accusa di essere sempre sotto l'influsso del diritto naturale, o di contenere elementi di questa dottrina, come dichiara apertamente il Bergböhm, disposto a vedere il diritto naturale da per tutto; quantunque la scuola storica segua un indirizzo del tutto opposto e in evidente contrasto con le dottrine del diritto naturale. Una tale accusa potrebbe venire, almeno apparentemente, avvalorata anche dal fatto che la scuola storica, al pari della

dottrina antagonistica, cerca il suo primo fondamento in un principio immutabile, in un criterio duraturo; solo che il diritto naturale vedeva questo fondamento, prima, a preferenza, nella natura, poi, a preferenza, nella ragione; mentre la scuola storica lo vede a preferenza nella coscienza e nello spirito nazionale. Fanno tutte due appello, in ultima analisi, a un elemento psichico, ma mentre il primo vede questo elemento principalmente nei processi delle idee, l'altra lo vede precipuamente nei processi dei sentimenti.

Il fondamento stabile del diritto naturale era stato discreditato dalla varietà delle opinioni e delle critiche, dal suo contrasto con la realtà, dall'abuso delle astrazioni, dall'intellettualismo psicologico onde si era lasciato dominare, dagli eccessi della rivoluzione; occorreva cercarne un altro ed è naturale che di fronte a tali estremi si sentisse il bisogno di cercarlo in una regione alquanto misteriosa, dove la discussione non potesse penetrare e la critica non potesse esercitarsi. Ma queste sono analogie apparenti che non devono indurre in errore. La scuola storica si trova agli antipodi del diritto naturale, poichè, mentre questo poggia sulle astrazioni della mente, quella si fonda sul fatto della formazione storica del diritto, e se non tiene sempre distinta la sua *fons remota* in cui il sentimento del diritto si elabora ed opera, dalla sua *fons proxima*, in cui il sentimento del diritto acquista con la consuetudine forma concreta e positiva, ciò avviene, non per influenza del diritto naturale, ma avviene in forza delle tendenze onde era dominata e per opera di una percezione alquanto unilaterale del fatto, proprio di tutte le teorie che vengono fuori in contrasto con le teorie precedenti. Le sue tendenze la conducevano a vedere il diritto dal punto di vista della continuità storica, dalla sua lenta e ininterrotta formazione, e perciò si capisce che agli occhi dei suoi seguaci ciò che doveva acquistare la massima importanza, non era il distacco fra la *fons remota* e la *proxima*, non erano i caratteri differenziali fra queste due opposte categorie di fonti, ma erano invece i graduali passaggi, la lenta e impercettibile transizione dall'una all'altra.

Come per ogni teoria che si preoccupa innanzi tutto della genesi del fenomeno acquista maggiore valore tutto ciò che si ottiene al graduale sviluppo di esso, così ciò che acquistava maggior valore per questa scuola era il lento passaggio dalla coscienza del popolo al suo diritto, dalla formazione psichica alla formazione giuridica, dall'aspirazione pura alla positiva norma del diritto. E da ciò anche la predilezione per la consuetudine, che rappresenta questo graduale passaggio, e in cui anzi la transizione apparisce più organica e più graduale; come pure quella certa confusione fra il diritto positivo e il diritto non positivo (qui del resto, più apparente che reale), da cui veniva fuori una apparente analogia col diritto naturale. Ma questa confusione è dovuta a cause totalmente diverse nei due diversi indirizzi.

Nel diritto naturale essa è dovuta al preconcetto metafisico e quindi al maggior grado di realtà che viene accordato all'assoluto e alla ragione in quanto lo riflette; onde il diritto naturale apparisce con un grado di positività in certo modo anche maggiore dell'istesso diritto positivo. Nella scuola storica è invece dovuto al concetto della continuità storica, in forza della quale le aspirazioni della coscienza promosse dalla realtà della vita danno alla loro volta origine a una nuova forma di realtà. Nel primo caso i processi rappresentativi hanno condotto a un'astrazione che presentano quale una realtà; nel secondo caso, la prevalenza dei processi sentimentali ha condotto ad avvicinare un po' troppo due diversi aspetti della realtà. Perciò coloro che credono di trovare elementi del diritto naturale nella dottrina della scuola storica, mostrano con ciò solo, di non essere penetrati a fondo nello spirito dell'uno e dell'altro sistema.

Finalmente un'altra peculiarità e in pari tempo, un altro difetto della scuola storica consiste nell'importanza eccessiva che essa accorda all'elemento nazionale. La coscienza del popolo, lo spirito del popolo, sono per essa innanzi tutto, anzi esclusivamente, coscienza e spirito nazionale. Ma chi non vede anche qui una conseguenza delle tendenze psicologiche cui obbediva questo nuovo indirizzo?

La rivoluzione aveva disconosciuto il principio di nazionalità, sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista pratico. Dal punto di vista teorico, perchè le dottrine rivoluzionarie erano e si annunziavano quali dottrine universali, che non riconoscevano confini di monti e di mari, che non tenevano conto di distinzioni di popoli e di razze, di condizioni storiche e sociali, che dovevano essere vere per tutti i popoli della terra ed applicabili in ogni paese. Il diritto su cui la rivoluzione si era fondata era un diritto dell'uomo, basato sulle sue qualità umane, identiche presso tutti i popoli, o almeno, supposte tali; un diritto perciò eguale, che non ammetteva distinzioni di alcuna natura. Essa aveva cercato l'uomo in genere, manifestando una spiccata tendenza all'universalità; s'intende che la reazione doveva essere dominata da una tendenza di ordine opposto, ed essa infatti si appiglia a preferenza al principio di nazionalità.

Questa reazione appariva tanto più inevitabile e diventava tanto più spontanea, in quanto le conquiste napoleoniche e le frequenti composizioni e scomposizioni politiche cui esse avevano dato luogo, avevano, nel modo più aperto, disconosciuto e calpestato il principio di nazionalità e offeso profondamente il sentimento nazionale dei vari paesi.

Ma oltre a ciò poi, il moto impresso dalla rivoluzione ai sentimenti e alle idee, aveva suscitato tutto un fermento nella coscienza dei popoli, per cui erano diventate più coscienti o si erano destate a novella vita tendenze, istinti, aspirazioni, che prima rimanevano vaghe e indistinte o giacevano sopite in fondo di essa. Questo fermento doveva imprimere un nuovo impulso allo spirito di nazionalità come quello che appariva più in armonia con le esigenze nuove d'indipendenza e di libertà dei popoli. Una scuola quindi che vedeva il diritto come un fenomeno di formazione storica doveva, in tali condizioni e dalla posizione in cui si era messa di fronte alle scuole precedenti, essere necessariamente indotta a vedere il diritto esclusivamente quale un fatto nazionale e condannare le importazioni, le imitazioni quali che fossero e da qualunque ragione determinate, siccome fatti che turbano o corrompono lo spontaneo processo

formativo del diritto nazionale; disconoscendo così l'elemento universale o comune, che pure si va accentuando con lo sviluppo dell'incivilimento.

§ 21. — Tutti adunque i difetti che si riscontrano nella scuola storica si spiegano e si giustificano quando si pone mente agli elementi psichici da cui fu influenzata e alle tendenze per opera delle quali sorse.

Parimenti l'analisi dei fattori psichici permette di comprendere la ragione di essere e permette di spiegare i lati difettosi dell'altra scuola che ora la combatte, quantunque sia una naturale filiazione di essa, cioè la scuola del realismo giuridico. Anche questa scuola rappresenta una reazione contro le dottrine del diritto naturale, ma rappresenta una reazione da un altro punto di vista. Si può dire innanzi tutto che, mentre la scuola storica rappresenta una reazione dal punto di vista materiale, dal punto di vista del contenuto del diritto; il realismo giuridico rappresenta a preferenza una reazione dal punto di vista formale, cioè dal punto di vista del formalismo tecnico-giuridico. Perciò nella scuola storica una tendenza a confondere la *fons remota* con la *fons proxima*; e nel realismo giuridico la tendenza a dare esclusivo valore al lato tecnico e quindi a trascurare quasi interamente o a disconoscere del tutto la *fons remota*.

La scuola storica inoltre, per lo spirito di conservazione onde era dominata, sentiva il bisogno, come abbiamo veduto, di cogliere la continuità storica dei fatti. Il realismo giuridico non prova più questo bisogno, poichè la continuità storica è oramai un fatto dimostrato, che nessuno più mette in dubbio, e inoltre lo spirito di conservazione non è in esso così potente come nel periodo che immediatamente seguì ai grandi rivolgimenti politici e sociali; in fine, pur continuando ad agire con una certa intensità, esso ha mutato indirizzo e ha trovato ad esplicarsi in altro modo. Diminuita la sua intensità e mutato il modo di esplicazione di quel sentimento, è anche diminuita la sua azione unificante, e quella che esso continua ancora ad esercitare, si svolge ora ed opera in un altro senso. Per questo apparisce ora assai chiara la distinzione fra diritto positivo e di-

ritto non positivo, anzi la distinzione assume un altro aspetto, diventa distinzione fra forma e contenuto. Tale distinzione anzi doveva sempre più accentuarsi per opera della specificazione del lavoro scientifico e doveva assumere una speciale fisionomia, conducendo al realismo formalista.

Anche qui operano una serie di cause di ordine psichico, e sono, innanzi tutto, la predilezione per la forma, dopo che si è operato un rivolgimento nel contenuto. È un fenomeno che possiamo osservare più di una volta nella storia del diritto, determinato in certa guisa dallo stesso bisogno di conservazione sociale. Infatti, le nuove conquiste del diritto non potrebbero conservarsi senza un forte attaccamento al lato formale. La elaborazione della forma, non solo permette di conservare, ma, fino a un certo punto, di sviluppare anche le conquiste operatesi nel contenuto

A questa predilezione per la forma si aggiunge una predilezione di ordine affine, la predilezione per la legalità, lo spirito della legalità, che è nella sua essenza il rispetto per tutto ciò che emana dal potere costituito. Anch'esso è l'effetto di una reazione contro lo spirito rivoluzionario. Durante il movimento rivoluzionario lo spirito di legalità viene meno, anzi il movimento stesso non potrebbe iniziarsi fino a tanto che questo spirito dura, poichè la rivoluzione è appunto il disprezzo della legalità. E così possiamo vedere come sia poco sviluppata la predilezione per la legalità nei paesi dove ancora perdura lo spirito rivoluzionario.

Lo spirito di legalità e il formalismo sono poi intimamente legati con un altro fenomeno, la prevalenza cioè della legge come fonte del diritto. Finchè la prevalenza rimane alla consuetudine, o almeno, finchè questa continua ad occupare un posto importante fra le fonti del diritto, non è facile che il formalismo e lo spirito di legalità acquistino un grande sviluppo, perchè la consuetudine, come è stato detto, è l'indistinto sentimento del diritto, e non dà in genere origine a norme certe e precise, fisse in modo definitivo, per guisa che non possano ricevere più oscillazioni di sorta. Son note anzi l'elasticità della

consuetudine, il suo carattere vago ed espansivo, la mancanza di precisione, sia per ciò che si riferisce al contenuto, che per ciò che si riferisce ai confini formali della norma da essa proveniente. Tutto ciò fa sì che un vero formalismo realistico, un formalismo tecnico non riesca ad imperniarsi su di essa in modo da prendere un' assoluta prevalenza sul contenuto. Il formalismo che allora può, più o meno, costituirsi, si mantiene ordinariamente in rapporto col suo stesso contenuto e può essere da questo in vari modi influenzato; come appunto possiamo osservare nel formalismo dei popoli primitivi, che è, se ci si passa l'espressione, un formalismo materiale.

In tali periodi infatti dello sviluppo del diritto, il contenuto preme sempre più o meno sulla forma, poichè la forma è essa stessa un prodotto del contenuto e porta perciò i caratteri di esso ed è soggetta all' influenza delle stesse cause di trasformazione. In altri termini, la tendenza al formalismo è opera delle medesime forze psichiche, le quali elaborano la consuetudine, per cui il distacco fra contenuto e forma non può prodursi in modo reciso e duraturo.

Tutto l'opposto invece accade con la legge, poichè essa ha un' origine più determinata e più indirettamente dipendente dal contenuto e non è soggetta a tutte le oscillazioni e a tutte le trasformazioni che si operano in esso. Il distacco della forma è perciò reso possibile, come è resa possibile una indipendente elaborazione di essa.

L' istesso si può ripetere perciò che si attiene allo spirito di legalità intesa nel senso di rispetto pedissequo della norma. Questo spirito non può completamente svilupparsi che allorquando la norma ha assunto una forma certa e fissa; e più questi caratteri sono accentuati e più esso può trovare una base per il suo sviluppo. La legge offre quindi le migliori condizioni per lo spirito di legalità e più la legge perciò il sopravvento sulla consuetudine e più questo spirito trova occasione di svilupparsi. Lo sviluppo di esso è perciò collegato con lo sviluppo della legislazione. Ora, fin dal principio del secolo passato la legislazione prese uno slancio, una prevalenza, un' importanza

che non aveva mai avuto nella storia del diritto e il suo sviluppo si andò sempre più accentuando a misura che meglio si definiva e si accentuava la posizione del potere legislativo nell'economia dello stato moderno e quindi si accresceva e si moltiplicava e si diffondeva per campi nuovi e sempre più disparata la sua vigile attività. Per giunta, accanto alla legislazione vera e propria si veniva sviluppando tutto un sistema completo di norme, non meno vasto e non meno complesso di quello determinato dalle leggi. Questo sistema di legislazione complementare (*bylaws*, come lo chiamano gl' Inglesi) opera degli organi del potere esecutivo, veniva completando, svolgendo, allargando, qualche volta, modificando anche le norme della prima categoria, costruendo con esse tutto un sistema di norme, dalle quali una quantità infinita di rapporti vengono preveduti, regolati, determinati e fissati in modo preciso e definitivo. Accanto a tali sistemi di norme non trova più posto la consuetudine o vi trova un posto assai secondario, che viene per di più mano mano ridotto a misura che sempre più si svolge il complesso delle leggi e delle ordinanze. In tal modo il formalismo giuridico e lo spirito di legalità trovano le condizioni più propizie per il loro sviluppo.

Ma, non è tutto. Questa straordinaria attività del legislatare non è, alla sua volta, che la conseguenza di altri fatti, i quali erano sopra tutto destinati a dare maggior rilievo al valore e all'azione della volontà collettiva.

Le esigenze numerose, complicate e mutevoli della vita moderna rendevano impossibile il dominio esclusivo o semplicemente preponderante della consuetudine, poichè questa non avrebbe più potuto far fronte alle esigenze moderne della norma giuridica in rapporto alle nuove condizioni sociali. La legge doveva necessariamente prendere il sopravvento. E questo sopravvento della legge era d' altra parte collegato con la crescente attività dell'organismo politico.

Lo stato è sempre più venuto accrescendo le sue attribuzioni, sia perchè esso ha mano mano acquistato una coscienza più chiara di sè stesso, dei suoi fini e dei suoi mezzi, sia per-

chè, essendo mano mano cresciuta in intensità e in estensione la cooperazione sociale ed essendo divenuti sempre più intimi e più complicati i rapporti fra le varie parti della convivenza, si è sentita più viva la necessità di fare appello alla volontà collettiva rappresentata appunto dallo stato, perchè intervenisse come elemento regolatore delle attività divergenti e degl' interessi cozzanti. Ciò ha naturalmente prodotto una crescente fiducia nell'opera dello stato e un concetto sempre più esagerato della sua potenza. La volontà dello stato invocata in ogni occasione e per ogni evento, doveva acquistare un valore ognor più marcato, non solo nella mente del grosso pubblico, ma anco in ispecie nella mente dei giuristi. E questo concetto della invadente attività dello stato poteva essere fino a un certo punto un bene, dato il momento storico in cui sorgeva; anzi, se esso sorgeva, ciò avveniva in forza di condizioni che lo rendevano utile e anche necessario. Era quello infatti un momento di profonde trasformazioni nella vita delle moderne società, onde nuove forze, nuove condizioni, nuove esigenze venivano alla luce, per far fronte alle quali occorreva un massimo di compattezza, di armonia, di cooperazione negli organismi sociali. Il massimo di compattezza richiedeva un massimo di unità e di energia nella volontà collettiva e quindi nell'organismo, che ne è la più chiara e vigorosa espressione. Lo stato aveva così tutta una nuova missione da compiere, per cui gli occorreva un massimo di potere. Esso diveniva potente, non per un semplice capriccio di governanti o delle classi che avevano in mano il potere, ma perchè la società aveva appunto bisogno di uno stato potente.

Come, peraltro, in tutte le cose umane, in cui il male va sempre accoppiato al bene, così questo concetto della forza e della *potenza* dello stato, doveva facilmente condurre al concetto della *onnipotenza* dello stato, e far credere che esso dovesse avere la potestà di far tutto, di compiere ogni e qualunque trasformazione nella vita sociale, di creare o distruggere a piacimento ogni e qualunque forma di rapporto. Tale dottrina trovava, non solo la sua più evidente ed efficace espressione, ma anche uno dei suoi più grandi incentivi nella teoria

della onnipotenza parlamentare e nelle cause, che la determinano nei paesi dove le assemblee politiche hanno preso il sopravvento decisivo sugli altri poteri (1).

Ma questa dottrina della onnipotenza dello stato doveva servire anche a mettere in rilievo la *volontà* dello stato come forza autonoma, come un' assoluta facoltà di volere, per sè stessa considerata, indipendentemente dalle cause che la producono, dagli elementi onde è costituita. Col crescere della sua potenza, l'elemento volitivo, che è quello per cui essa si estrinseca, doveva cioè acquistare un assoluto valore di fronte agli altri elementi psichici della collettività, un valore esclusivo e per sè stante, che tendeva a fare di essa una pura astrazione, una formula generica, un'entità vuota di contenuto. La volontà dello stato veniva così ad apparire in certo modo come una nuova forza psichica, proveniente non si sa da dove, che s'impone alle manifestazioni psichiche dell'aggregato, un elemento eterogeneo che ha, non si sa in che maniera, acquistato sugli altri elementi sociali la preponderanza.

L'assorgere della volontà dello stato ad entità astratta separata da tutte le altre forze psichiche della convivenza, mentre da una parte favoriva lo sviluppo del formalismo giuridico, d'altra parte doveva rendere più recisa la distinzione fra il diritto positivo e il diritto non positivo, anzi doveva condurre alla recisa negazione di questo. Perchè se il diritto è opera della volontà dello stato, ciò che non è opera di questa volontà non può essere diritto, quantunque prodotto da elementi psichici collettivi di genere affine, essendo la volontà dello stato un fenomeno totalmente diverso, distinto e separato da tutti gli altri.

Queste tendenze venivano ancor più rinforzate da altri ordini di cause. Una di queste consiste nell'azione di ciò che potrebbe chiamarsi lo *spirito della positività*, che ha diretto in

---

(1) Circa queste cause si veda il mio libro: *Il Gabinetto*, Perugia, 1894, p. 157, e in riassunto: *I miei Principii di Diritto costituzionale generale*, Milano 1898, p. 337 e seg.

questi ultimi tempi il movimento scientifico ed è stato da questo alla sua volta alimentato e rinforzato. Connesso con gl'immensi progressi raggiunti in poco tempo dalle scienze sperimentali, esso ha alla sua volta operato su tutto il campo dello scibile, irradiandosi anche nell'ambito delle scienze morali e giuridiche. Esso ha trovato i giuristi disposti a reagire contro le astrazioni del diritto naturale e in cerca di un elemento stabile per il fondamento delle loro dottrine e di un punto di partenza sicuro ed indiscusso, facile a rinvenirsi e ad essere determinato in modo preciso. Lo spirito di positività ha naturalmente rinforzato questa loro disposizione, ond'è che essi sono stati maggiormente attratti dal lato positivo del diritto e indotti a ricercare in esso i caratteri differenziali della loro disciplina. Ora, dove trovare un criterio più sicuro della volontà dello stato e più preciso di quello che può fornire il comando proveniente da essa, massime se promulgato e pubblicato con tutte le formalità che ne accertano e ne garantiscono l'esistenza?

La determinazione di questo criterio doveva assumere tutti i caratteri della scoperta dopo tutte le titubanze e le incertezze cui avevano dato origine le dottrine anteriori, e come tutte le scoperte di questo genere, doveva condurre più o meno all'esagerazione. Trovato un criterio così chiaro e preciso pareva una cosa naturale invocarlo per risolvere tutti i problemi astrusi circa l'origine, l'esistenza e la natura del diritto. A che stillarsi il cervello in cerca di altri criterii e di altri diritti una volta che il criterio della volontà dello stato troncava, come si dice, la testa al toro? Il diritto è opera dello stato, la sua volontà soltanto può generarne l'esistenza; e non importa di sapere come si produca questa volontà, che cosa vi possa essere di là di essa, su quali rapporti essa operi o può operare e quali trasformazioni vi possa produrre. Tutto ciò non deve interessare i giuristi, poichè questo non è più diritto.

Un'ultima causa, non certo ultima per importanza, è dovuta alla specificazione del lavoro scientifico. La specificazione ha certamente il grande vantaggio di permettere uno studio profondo, un'analisi minuta e una ricerca accurata in ciascun

campo di fatti e di rapporti e in uno stadio avanzato di sviluppo scientifico non è più possibile di procedere oltre nell'indagine senza una crescente specificazione del campo di ricerca, senza una delimitazione ben precisa del còmpito su cui l'attenzione deve essere tutta concentrata. Ma, come è stato detto più volte, questi vantaggi possono produrre gravi inconvenienti, di cui il principale è appunto quello di restringere l'orizzonte dell'osservatore. È impossibile di circoscrivere lo sguardo entro un dato campo, di concentrare su di esso tutta l'attenzione senza, nel medesimo tempo, perdere di vista gli altri campi; è, in altri termini, impossibile approfondire, senza circoscrivere: più il microscopio è potente e più ristretto è il suo campo visivo. La profondità non si acquista che a scapito dell'estensione. E questo inconveniente diventa immensamente più grave quando i criterii su cui la specificazione si fonda vengono suggeriti da un falso apprezzamento della realtà e quindi da analogie apparenti scambiate per vere somiglianze, o da differenze apparenti, scambiate per differenze effettive.

Quest'inconvenienti dovevano verificarsi anche nella sfera del diritto. Infatti la specificazione vi ha prodotto una distinzione sempre più marcata fra i giuristi e i cultori delle scienze affini, specialmente fra i giuristi e i filosofi (1). Non vi ha dubbio che la specificazione è stata una delle principali cause degli immensi progressi raggiunti dal diritto, specialmente nella sfera dei rapporti privati; ma d'altra parte essa ha contribuito a dare un'accentuazione assai marcata al carattere tecnico formale del diritto, la quale, se fino a un certo punto è stata feconda di utili risultati, d'altra parte non poteva non riuscire unilaterale. Il giurista, concentrando tutta la sua attenzione sul diritto positivo, ha finito con non vedere che questo, ha perduto il senso della connessione con gli altri fenomeni della vita e sopra tutto, la percezione del sotto-strato psichico, per cui il diritto positivo

---

(1) Vedi Bergböhm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 4 ss.

si connette alle sue *fontes remotae*, ciò che ha indotto a credere essere il diritto positivo la sola forma possibile del diritto. Per tal modo il realismo giuridico, che avrebbe voluto essere una esatta espressione della realtà del fenomeno giuridico e non avrebbe voluto avere altra base che il fatto giuridico nella sua vera essenza, non fa che riflettere un lato solo della sua realtà e colpisce il fatto giuridico sotto un solo aspetto, che se è il più appariscente, non racchiude poi tutta intera l'essenza del fenomeno giuridico.

Il realismo giuridico è quindi anche esso il prodotto di certe tendenze, di quelle cioè che hanno prevalso in una data scuola e risponde a certe esigenze, le quali si erano venute sempre più accentuando in questi ultimi tempi, e a cui le scuole precedenti non avevano saputo o potuto rispondere. In esse trova la sua spiegazione e in pari tempo le cause che gli hanno impedito di rinvenire un completo fondamento scientifico. Quelli che vogliono cercare un tale fondamento, devono uscire dai suoi angusti confini.

§ 22. — In tal modo è sorto il realismo giuridico. Esso è il risultato di due tendenze, che reciprocamente s' influenzano e si rinforzano: la tendenza al formalismo e la tendenza ad astrarre da tutti gli altri fatti psichici della coscienza collettiva, la volontà dello stato, contrapponendolo ad essi come un fatto psichico per sè stante. Entrambe queste tendenze sono fino a un certo punto una reazione contro la scuola storica, la quale mentre aveva dato molto risalto al contenuto, aveva d'altra parte trascurato troppo il lato formale e sopra tutto l'intervento dell'organismo politico; ma esse sono state principalmente promosse dalle cause che abbiamo descritte in brevi termini nel paragrafo precedente. Dall'azione di tali tendenze e dalla loro fusione è venuta fuori la scuola, che considera il diritto esclusivamente dal lato tecnico formale quale un semplice prodotto della nuda volontà dello stato.

Questa dottrina presenta per tal modo delle analogie col diritto naturale più di quello che i suoi seguaci non suppongano. Così essa si trova d'accordo col diritto naturale nel pro-

clamare, come faceva questo, l'onnipotenza del legislatore. Infatti dal diritto naturale era venuta fuori la dottrina che il legislatore potesse far tutto, tanto che da lui essa faceva dipendere la felicità o infelicità dei popoli, il loro sviluppo, la loro decadenza. Tale dottrina aveva ottenuto grande favore specialmente in Francia ed era stata svolta a preferenza da Elvezio e dalla sua scuola; ma si può dire che fosse la dottrina ufficiale di tutto il filosofismo francese, a cui il legislatore appariva come una specie di divinità creatrice. Se non che allora questa dottrina trovava già un freno nella sua stessa base, nel suo stesso punto di partenza: il diritto naturale. Per quanto il legislatore potesse far tutto, esso non poteva modificare il diritto naturale. Un freno di carattere più ideale che effettivo, se vogliamo, ma in ogni modo un freno di qualche efficacia.

Invece la nuova dottrina della onnipotenza dello stato e in ispecie della onnipotenza legislativa, non ha più questo freno, poichè essa parte dal principio che lo stato sia il vero creatore del diritto. Certo non si nega che il diritto debba corrispondere alle esigenze della vita e della convivenza e che il legislatore debba uniformarsi in tutto ai bisogni e alle condizioni di un popolo, ma queste condizioni diventano per il diritto delle vere fonti remote, di cui la dottrina giuridica non deve più occuparsi, poichè non hanno più nulla che vedere col diritto positivo quale espressione della volontà dello stato: questa volontà è tutto, il resto non è più nulla di fronte al diritto; onde un freno di quel genere finisce con non esercitare più alcuna influenza.

Da qui un altro punto di contatto fra le due dottrine; esso consiste nel loro rispettivo punto di partenza, che nell'una e nell'altra è un'astrazione, la quale, in tutto o in parte, non ha fondamento reale. Sotto questo aspetto, la retta ragione del diritto naturale presenta delle analogie con la volontà formale dello stato della dottrina realista, perchè l'una e l'altra si presentano come principii indiscutibili e come termini estremi, oltre i quali non è lecito andare; quindi escludono ogni ricerca sugli elementi che li preparano e li costituiscono. Entrambe hanno carattere formalista, solo che il formalismo del diritto naturale

è un formalismo teorico, dottrinario; il formalismo della scuola realista è un formalismo tecnico-positivo. Ma, mentre il primo ha sempre conservato un carattere subbiettivo, il secondo invece ha assunto un carattere obbiettivo; mentre il primo non ha potuto uscire dall'individualismo, il secondo è riuscito a fondarsi sopra una formazione collettiva, e questo costituisce un indubitabile progresso a favore di quest' ultimo. Peraltro rimane pur sempre il fatto che entrambi accordano esclusiva importanza a un elemento psichico, che isolano poi da tutti gli altri, perdendo di vista in tal modo le connessioni fra gli elementi psichici, che stanno a base del diritto, le condizioni in cui esse si producono, quindi la percezione dell' insieme delle cause, che cooperano alla genesi e allo sviluppo della norma.

Capitolo VI.

Il fondamento psichico del diritto e il diritto naturale.

La breve corsa che abbiamo fatto nei capitoli precedenti a traverso le dottrine etico-giuridiche dell'antichità, le tendenze che si annunziarono nel campo del diritto nel periodo medievale, le caratteristiche prevalenti nelle principali scuole del diritto nell'epoca moderna, ci hanno permesso di comprendere quale importanza possa avere per lo studio di questi fenomeni l'analisi del loro fondamento psicologico. Le dottrine, le tendenze, gl'indirizzi che si sono nelle varie epoche manifestate, sia per ciò che in genere si riferisce alla concezione e alla determinazione delle leggi della condotta, sia per ciò che si riferisce in ispecie alle dottrine del diritto, mentre hanno corrisposto alle condizioni storiche delle varie epoche, sono state direttamente determinate da tendenze e da condizioni psichiche e devono ad esse i loro pregi e i loro difetti. Ciò significa che, in ogni epoca, si produce un insieme di condizioni psichiche, le quali poi riflettono la loro azione su tutti i lati dell'umana attività, tanto nel campo della pratica, che nel campo della teoria; e la spe-

ciale fisionomia che assumono in ogni singola branca e ramificazione di tale attività, sarà quindi riflessa nei caratteri che questa verrà assumendo; il che vale anche per l'etica e per il diritto.

Ma questa breve ricerca ha anche servito a mettere esplicitamente e implicitamente in rilievo quali siano gli elementi psichici che devono essere presi in considerazione allorchè si vuole abbracciare in tutta la sua completa unità e nella totalità delle sue vere basi di fatto una dottrina psicologica del diritto. Poichè, come la coscienza risulta da processi rappresentativi, da processi sentimentali, e da processi di volizione congiunti in una sola sintesi, non può riuscire che unilaterale ed erronea quella teoria, che spezzando questa sintesi, pretendesse di fondarsi sopra l'una o l'altra di queste categorie di processi.

Col lume fornito da questi criterii procediamo ora a un'analisi critica di alcune delle principali dottrine che hanno dominato o ancora dominano nella filosofia del diritto, prendendo di mira quelle in cui appunto ci sembra che la base psicologica venga a preferenza disconosciuta o fraintesa.

Cominciando con la dottrina del diritto naturale, dobbiamo osservare subito che essa non è un fenomeno accidentale che sorga improvviso nella mente di qualche isolato pensatore per diffondersi poi in seguito nelle menti di pensatori più o meno isolati; esso è invece il prodotto di esigenze sociali e psichiche e risponde a un vero bisogno della vita del diritto in una data epoca del suo sviluppo. Onde non si deve guardare soltanto come un fatto dottrinale, come il semplice prodotto del movimento nel campo delle idee e delle astrazioni metafisiche (già anche i movimenti dottrinali hanno la loro ragione di essere nel movimento che si opera nel campo dei fatti); ma si deve riguardare come un fenomeno collegato a tutta una trasformazione che si prepara e si svolge nella vita sociale e nella vita del diritto. Questa corrispondenza fra il movimento delle idee e il movimento dei fatti era, per ciò che riguarda il diritto naturale, forse assai più intima di quello che non apparisca sulle

prime. Lasciando stare le influenze che a tal riguardo esercitavano le profonde trasformazioni economiche, le quali si andavano lentamente apparecchiando e compiendo, col delinearsi delle moderne condizioni di vita, influenze che solo le persone competenti in materia possono debitamente analizzare, e restringendoci all'esame sommario delle condizioni che al diritto più direttamente si riferiscono, vediamo come le dottrine del diritto naturale si costituivano e acquistavano popolarità in un momento in cui l'importanza teorica di esse si trovava ad essere in istretto rapporto con la loro efficacia pratica, onde dovevano spesso scomparire in esso le linee divisorie fra il diritto teoretico e il diritto positivo.

Siamo infatti allora in un periodo di profonde trasformazioni nelle condizioni sociali e nella vita psichica dei popoli, che sollecitano corrispondenti trasformazioni nei rapporti e nelle norme di diritto; ma il diritto positivo, risultante da una farragine di usi o di leggi inveterate, varie, eterogenee, spesso contradittorie, e in pari tempo immedesimate nelle coscienze e rese rispettabili dalla lunga durata, non rispondeva alle esigenze nuove e non aveva pertanto il modo di mettersi in armonia con esse. E non ne aveva il modo, perchè si era prodotta in esso una specie di cristallizzazione e un intimo aggiustamento con gl'interessi che valeva a garantire.

Tra le esigenze che si manifestavano allora (e che divennero in seguito mano mano più accentuate) nella vita del diritto, vi era appunto la tendenza alla unificazione e alla parificazione di tanti diritti disparati e di tante disparità di trattamento, non solo promosse da condizioni sociali diverse, da differenze, ad esempio, di religione, di professione, di cittadinanza ecc., ma perfino dalle più minute differenze locali. La parificazione invece a poco a poco s'imponeva per opera, sopra tutto, di tre cause. Da una parte essa era conseguenza della parificazione che si compiva quasi parallela in tutto l'occidente di Europa nelle idee, nei costumi, nelle aspirazioni, nei bisogni. Il movimento del pensiero nel campo della filosofia, delle scienze, delle lettere, s'irradiava, specialmente col

mezzo della stampa, da un centro ad un altro, portandovi comuni modi di pensare e di sentire; i commerci si sviluppavano con la maggiore facilità delle comunicazioni e degli scambi, con lo sviluppo della navigazione. Divenivano così più frequenti i contatti fra i popoli e fra i diversi gruppi, le diverse parti di un medesimo popolo, eguagliando le differenze, attenuando le peculiarità caratteristiche di ciascun popolo o gruppo, promuovendo l'evoluzione dei lati comuni.

D'altra parte si venivano a poco a poco determinando quelle mescolanze e fusioni di razze, onde scaturirono le nazioni moderne e quel processo di fusione era preceduto e accompagnato da un sentimento sempre più intenso di nazionalità, da una forma di comune coscienza che a poco a poco si svolgeva in seno di quei vasti aggregati etnici: la coscienza di costituire un sol tutto, di essere congiunti da comuni vincoli di sangue, di formare come una sola e grande famiglia.

Il movimento di parificazione assumeva quindi due direzioni diverse, una direzione interna e una direzione esterna. Nel primo caso precedeva e seguiva la formazione dei grandi stati moderni, nel secondo caso favoriva il concetto di una convivenza internazionale.

Finalmente lo sciogliersi di quei plessi organici che avevano fatto tutta la vita del medioevo, mentre da un lato rendeva l'individuo più libero nei suoi movimenti, più padrone dei propri destini, dall'altro lato spezzava una quantità di vincoli, lasciando l'individuo più isolato, in balìa degli eventi, abbandonato alle sole sue forze; ciò serviva a mettere sempre più in rilievo le somiglianze e in pari tempo faceva sentire più vivo il bisogno di un comune principio regolatore. Questo principio non potendo più essere domandato alla tradizione che veniva meno, nè allo stato, la cui volontà s'incarnava più o meno in quella del despota e assumeva il carattere del capriccio, veniva domandato a qualche cosa di assoluto ed immutabile quale appariva appunto la natura delle cose e la ragione astratta, che doveva servirle d'interprete.

Le nuove idee, i nuovi sentimenti, i nuovi bisogni corri-

spondenti a queste nuove correnti di sviluppo, non potevano non riflettersi nella vita del diritto, non potevano non promuovere nei rapporti giuridici un movimento in armonia con essi. Questo movimento è rappresentato appunto dalle dottrine del diritto naturale. Esso vien fuori da un processo di generalizzazione e di astrazione promosso dal bisogno di una comune norma unificatrice e che suppone in tutti gli uomini una base comune, eguale, costante, concepita come *natura delle cose* e perciò come parte della *natura delle cose* in genere.

§ 24. — Date queste condizioni, è agevole capire che il diritto naturale, non solo doveva acquistare una grande autorità quale dottrina, ma doveva acquistare anche, fino a un certo punto, una grande autorità quale diritto positivo.

Il diritto positivo, cristallizzato nelle vecchie idee, nelle vecchie formule, nella vecchia pratica, il diritto di altri tempi, consacrato nelle carte ingiallite, non aveva più l'elasticità necessaria per mettersi in armonia con queste tendenze parificatrici e con le nuove formazioni che esse venivano promuovendo nella coscienza popolare e nella vita della società; mentre il diritto naturale possedeva al sommo grado la capacità di adattamento a tali condizioni, essendosi appunto svolto in armonia con esse. Onde esso appariva come un diritto perfetto, come il vero e proprio diritto, come il diritto per eccellenza, il diritto superiore, un diritto, per conseguenza, che potesse venire invocato anche come un diritto positivo, sia in mancanza di questo, sia anche in contrasto con questo. In altri termini, la dottrina, esagerando il punto di vista teorico, veniva poi nel fatto a perdere il concetto chiaro dei confini che necessariamente debbono intercedere tra un diritto che è ancora nella coscienza e un diritto che si è trasformato in un vero e proprio comando della volontà dello stato.

Si verificava insomma in questa dottrina quello che si verifica qualche volta nella coscienza dell'individuo quando la mente eccessivamente si concentra sopra un certo ordine d'idee e si lascia totalmente trasportare da certe illusioni: essa finisce per confondere con la realtà ciò che si svolge nel campo del

pensiero, o meglio, per attribuire alle aspirazioni della coscienza una realtà diversa da quella che effettivamente hanno e possono avere. Così accadeva per le dottrine del diritto naturale. Esso s' imponeva talmente alle coscienze ed esercitava un fascino così grande, che faceva pensare alla immediata applicazione di esse, anzi faceva credere che questa applicazione avesse già avuto luogo o potesse aver luogo senz' altro tutte le volte che se ne presentava la necessità, e anche l' opportunità, lasciando così cadere nell'ombra il momento essenziale del passaggio dalla teoria alla pratica, dall'aspirazione determinata dal bisogno, all'attuazione determinata da un lato implicito o esplicito del volere collettivo. La possibilità per quei principii di diventare obbligatori appariva a poco a poco quale una realtà, diventava una cosa effettiva; e diveniva un fatto evidente, una logica necessità quella d' invocare il diritto naturale tutte le volte che il diritto positivo non soddisfaceva alle nuove esigenze della scienza e della vita e di applicarlo come se fosse esso stesso un diritto positivo.

L' autorità che veniva sempre più acquistando il diritto naturale è quindi un fenomeno che non potrebbe essere spiegato se non si tien conto innanzi tutto di certi processi psicologici, che si compiono nella coscienza degl' individui e d' intere collettività, processi che sono determinati dalla connessione fra l'attenzione e gli atti volitivi, e per cui a causa di una concentrazione della mente intorno a certe idee, queste tendono per loro stesse a tradursi in atto (1). In forza di tali processi può allora prodursi nella coscienza collettiva un fatto assai simile a quello che potrebbe produrre una esplicita dichiarazione della volontà, e il diritto desiderato, senza intervento di altri fattori, si

---

(1) Si veda, ad esempio, ciò che dice il Carpenter (Principles of mental physiology, Londra, 1881, pag. 219) intorno alle azioni ideo-motrici, le quali peraltro non sono che casi speciali dell' influenza dell' attenzione sui processi volitivi e possono anche generare connessioni automatiche fra l'idea e l'atto, senza uscire dall'ambito dei processi del volere.

trasforma in diritto praticato, quando il desiderio è divenuto assai intenso ed ha generato l'indiscutibile autorità e la forza obbligatoria della norma.

Del resto il bisogno di appigliarsi a un diritto superiore a quello positivo e di servirsi di esso per lenire le asprezze del diritto imperante e renderlo più adattabile alle esigenze di fatto, apparisce più o meno in tutte le epoche storiche, in tutti i popoli alquanto progrediti e dovunque sono dei tribunali che giudicano. Sotto forma di principio di equità questo bisogno si è fatto valere sempre con maggiore o minor forza e si sa dell'influenza che esso ha esercitato sulla evoluzione del diritto romano e del diritto inglese, come anche dell'influenza che esercita sul diritto moderno. Si capisce poi che questo bisogno si debba accentuare nei momenti storici in cui si accentua il contrasto fra le esigenze di fatto e il diritto praticato, per modo che questo non risponde più alle condizioni di adattamento: e che in questi casi appunto si determinano quelle condizioni psichiche, per cui si genera inevitabilmente la confusione fra il diritto positivo e il diritto non positivo.

Questo accadeva appunto nell'epoca in cui il diritto naturale si veniva affermando, e accadeva tanto più facilmente, in quanto il diritto naturale rappresenta il primo sistema filosofico del diritto, il primo sistema completo, in cui il diritto apparisce nella logica coordinazione di tutte le sue parti, distinto dalle altre categorie di norme affini.

La posizione per tal modo assunta dal diritto naturale quale un diritto quasi positivo, si veniva ancor più accentuando per il posto brillante, diciamo così, che esso aveva acquistato nel campo del diritto internazionale. Ivi aveva ricevuto le più numerose e feconde applicazioni, anzi era diventato per opera dei fondatori del diritto internazionale la prima base di esso. Coloro che vedevano infatti la necessità e apprezzavano debitamente il bisogno di cercare le norme regolatrici della condotta degli stati in una convivenza internazionale, norme che divenivano sempre più indispensabili a misura che i rapporti fra gli stati divenivano più intimi e più frequenti e una specie di vasta

convivenza si costituiva a poco a poco fra di essi; non avrebbero allora potuto trovare altrove una guida e un insieme di principii razionali così autorevoli, come quelli che il diritto naturale poteva loro offrire. Gli usi vari, complessi e contradittori, per giunta anche semi-barbari, dell'antichità e del medioevo, non fornivano sempre esempi da imitarsi, nè permettevano di assorgere alla determinazione di norme giuridiche capaci di far fronte alle esigenze nuove. Fu anzi un bene allora che i giuristi e i pensatori seppero comprendere che i vecchi usi non avrebbero potuto servire alla costruzione del diritto nuovo e che quindi bisognava procedere a tale impresa, se non in tutto, almeno in gran parte, con nuovi criterii.

Gl' internazionalisti non possono disconoscere i meriti che, da questo punto di vista, ebbe allora il diritto naturale.

Del resto anche questa tendenza d' invocare un diritto superiore al positivo quando si sente il bisogno di estendere il diritto a nuove sfere di rapporti, è, simile a quella precedentemente accennata, una tendenza naturale della mente umana. Non trovandola nel campo dei fatti, essa cerca la base giuridica dei nuovi rapporti nel campo delle idee e non si può negare che, anche in tempi recenti, una tale tendenza abbia servito di stimolo, non solo allo sviluppo della legislazione, ma anche della giurisprudenza. Nel diritto internazionale poi, ove la legge non era possibile, il diritto naturale tendeva a diventare esso stesso la legge.

Questa posizione del diritto naturale di fronte al diritto internazionale è stata già studiata (1) e non occorre d' insistervi più oltre. Ma essa non poteva non avere per riflesso una notevole influenza anche sul diritto interno, non solo per i contatti e i rapporti che si sviluppavano fra l'uno e l'altro diritto, ma anche per le analogie che potevano a tal riguardo presentarsi spontanee alla mente e sopra tutto per la tendenza oramai

---

(1) Si veda anche il mio scritto: *Filosofia del Diritto internazionale*, Firenze, 1889.

costituitasi di riguardare come norme positive i principii del diritto naturale. Tendenza questa già per sua natura espansiva, la quale per giunta trovava, come abbiamo detto, disposizioni molto favorevoli nelle condizioni del diritto interno.

Finalmente, non bisogna dimenticare che in quell'epoca, per lo stato complesso e incoerente della legislazione, per la incompleta specificazione e l'incompleto concentramento del potere legislativo, avevano sempre molta importanza e godevano molta autorità, come suole avvenire in simili casi, due fonti speciali del diritto, la consuetudine e la giurisprudenza. Ora tutti i giuristi conoscono che queste due fonti costituiscono i due modi più atti e i mezzi più agevoli con cui i *desiderata* del diritto riescono a farsi valere e si trasformano in diritto positivo. Ma in quell'epoca in cui quei *desiderata* avevano acquistato tanta autorità per mezzo del diritto naturale e trovavano in esso il modo per agire sulla consuetudine e sopra tutto sulla giurisprudenza, è evidente che l'una e l'altra fonte dovevano a preferenza svolgersi sotto l'influenza di esso. Così il diritto naturale diventava facilmente una specie di diritto positivo, non solo nel campo dei rapporti internazionali, ma anche nel campo dei rapporti interni.

Per tal modo un insieme di cause favorevoli, che allora operavano di conserva e venivano rinforzandosi le une con le altre, conducevano a un risultato che potrà sembrare strano a coloro che in processo di tempo non si sanno più render conto di queste condizioni speciali.

§ 25. — Sorto in tali condizioni e per opera di tali influenze, il diritto naturale non poteva non avere un fondamento psichico unilaterale ed erroneo.

La *natura delle cose* infatti, in cui esso poneva il suo primo fondamento si presentava come un principio semplice, assoluto, immutabile; e per ciò stesso non si poteva conciliare con le leggi della psicologia, che suppongono una quantità complessa di fenomeni relativi e mutevoli. Ispirato da una tendenza parificatrice, questo principio perdeva di vista le differenze psichiche dei popoli e delle razze. Le condizioni sociali e politiche, e

perciò le diverse manifestazioni giuridiche, cui tali differenze potevano dar luogo.

La natura delle cose inoltre era un concetto che portava il diritto verso la legge della natura esteriore, mentre la considerazione psicologica porta il diritto verso la natura interna dell'uomo. La natura delle cose contrapponeva alla convivenza un principio ad essa preesistente, secondo cui essa avrebbe dovuto costituirsi e svolgersi; la considerazione psicologica invece prende per punto di partenza la convivenza umana, guarda ai vincoli spirituali che in essa s'intrecciano, riguarda questi vincoli come un fatto derivato, come una conseguenza dei contatti e degli attriti sociali, ma in pari tempo vede nei momenti psichici la causa prima di tutto ciò che nella convivenza si produce, poichè tutti i rapporti umani prendono origine nella coscienza e tutto ciò che su di essi agisce deve cominciare con agire sulle coscienze. Onde se il principio della natura delle cose poteva fare astrazione dalla convivenza e anzi ne faceva astrazione per meglio determinare la natura semplice e immutabile delle leggi, onde si supponeva regolata; la considerazione psicologica, non solo non trascura la convivenza, ma trova soltanto in essa la sua ragione di essere e le leggi di evoluzione della coscienza e della condotta. Parimenti, la natura delle cose induceva a guardare i rapporti umani come tanto più artificiali e più lontani da essa, quanto più sono complicati; la considerazione psicologica vede nella complicazione un grado più elevato di sviluppo e di adattamento, un'arra di maggiore progresso avvenire; quindi, una condizione di cose pienamente conforme alla natura progredita della convivenza umana.

Ne segue che le due basi non possono mai trovarsi d'accordo: per la dottrina della natura delle cose il diritto tanto più si allontana dalla sua pura origine e si corrompe, quanto più diventa sociale e attinge le sue norme ai rapporti e alle modificazioni reciproche delle coscienze associate; per la dottrina psicologica invece, il diritto tanto più progredisce e si trova in armonia con i suoi scopi e con la sua ragione di essere quanto più diventa sociale e quanto più si adagia sulle basi della psi-

cologia collettiva. Le due tendenze sono del tutto opposte, esse suppongono due indirizzi inconciliabili: una conduce verso il formalismo, sia che prenda per punto di partenza il principio della natura delle cose, sia che muova dalla dottrina più recente della *retta ragione*, poichè si fonda su ipotesi metafisiche o sui concetti logici da essi derivati; l'altra conduce verso il realismo vero, poichè si fonda sulla realtà della vita, sulle condizioni, sui bisogni degl'individui associati quali si rivelano dalle manifestazioni delle loro coscienze, dall'analisi dei processi psichici, onde la volontà e la condotta degl'individui si sviluppa.

Malgrado ciò non si può asserire che questo indirizzo trascurasse interamente l'elemento psicologico. Già era esso stesso determinato da ragioni anzi tutto di ordine psicologico che, come abbiamo veduto, agivano in quell'epoca storica. Del resto una connessione tra il diritto e l'elemento psichico, appunto perchè sempre esiste, è stata più o meno percepita in tutti i tempi, quantunque non sempre in modo chiaro e completo. Non è possibile infatti di pensare a una norma regolatrice di rapporti fra individui coscienti, prescindendo del tutto da questa coscienza; un puro meccanismo di rapporti si può concepire soltanto fra esseri inanimati. Non vi ha dubbio peraltro che l'elemento psichico non veniva tenuto nel debito conto da questa dottrina e veniva inoltre concepito in modo assai monco ed imperfetto.

Non veniva tenuto nel debito conto, perchè esso partiva da ipotesi *a priori*, non fondate sull'esperienza e non conciliabili con questa; per cui anche quando nelle sue costruzioni astratte concedeva il posto a qualche movente di ordine psicologico (il sentimento ad esempio della propria conservazione, o il sentimento di paura, o il sentimento egoistico in genere, o l'istinto socievole, o anche la natura ragionevole dell'uomo); non si dava poi molta pena di ricercare come questi moventi dispiegassero la loro azione e fino a che punto influissero nella determinazione del diritto. Anzi, una volta poste certe premesse e fissate certe costruzioni, esso proseguiva direttamente per quella strada a furia di sillogismi senza preoccuparsi dell'ele-

mento psicologico se non in quanto si trovava in armonia con esse.

Veniva poi concepito in modo monco e imperfetto, perchè appunto il suo carattere assoluto non gli permetteva di armonizzare con la relatività del fenomeno psichico e quindi non gli permetteva di prendere per base e per guida tutte le manifestazioni della coscienza, ma l'induceva a prendere in considerazione quei processi soltanto in cui avrebbero potuto trovare appoggio i suoi principii assoluti e immutabili; cioè a dire i processi rappresentativi astrattamente considerati quali processi di ragionamento.

Anzi, se ben si pensa, non è per il diritto naturale indifferente coincidenza, che nell'epoca in cui esso si svolgeva, la psicologia era dominata dall'indirizzo intellettualista. Noi non sappiamo se sia stata debitamente studiata l'azione di questo indirizzo psicologico sulle dottrine del diritto naturale, pure ci sembra che essa sia stata considerevole. Quelle dottrine infatti venivano a preferenza elaborate, non da giuristi, ma da filosofi disposti tutti a considerare i processi rappresentativi e quindi l'intelletto e il ragionamento come i fatti fondamentali e distintivi della coscienza umana, ai quali più o meno tutti gli altri fenomeni della psiche dovevano subordinarsi e per mezzo dei quali soltanto essi potevano essere spiegati. Per cui, quali che fossero le peculiari dottrine psicologiche, a cui s'ispiravano, o dalle quali erano direttamente o indirettamente dominati i seguaci del diritto naturale, essi si trovavano più o meno sotto l'influenza di quell'indirizzo, che accordava la prevalenza alla parte conoscitiva della coscienza o riduceva addirittura la coscienza alla sua parte conoscitiva. Era questo l'indirizzo prevalente nella psicologia del « senso interno » la quale metteva capo a Leibnitz, era questo l'indirizzo che si presentiva in Decartes col suo *cogito ergo sum*, era anche questo l'indirizzo della vecchia psicologia, che sdoppiava l'anima in una forma superiore o razionale e in una inferiore o sensibile.

La filosofia, disposta sempre a riconoscere quale sommo carattere distintivo dell'uomo di fronte agli altri esseri il fatto

della ragione e a subordinare ad esso tutti gli altri caratteri distintivi della umana coscienza, non poteva non essere dominato da un tale indirizzo. Ed esso doveva alla sua volta contribuire ad imprimere a quelle dottrine i caratteri che assunsero. Così il carattere assoluto, immutabile, simmetrico, logico di esse è certamente in armonia con le tendenze dell' indirizzo intellettualista. Guardando infatti la coscienza dal punto di vista conoscitivo soltanto le sue produzioni devono apparire quale un tutto logico, siccome sono logici e immutabili i concetti generali delle cose. Allora le manifestazioni della volontà vengono tutte a coordinarsi a sistemi logici e quasi matematicamente dimostrabili e le leggi della condotta appariscono dal loro lato formale e con quel carattere di necessità, di precisione, d' immutabilità, che si presenta in genere nelle leggi della natura. Una confusione anzi allora naturalmente si produce fra le leggi della natura e le leggi della condotta, confusione assai bene indicata più che determinata dalle espressioni *diritto naturale* e *legge naturale*.

Con ciò noi non vogliamo affermare che le dottrine del diritto naturale siano in tutto e per tutto la conseguenza di un indirizzo psicologico puramente o prevalentemente intellettualista, ma vogliamo constatare soltanto che un indirizzo di quel genere non poteva non dispiegare su quelle teoriche una notevole influenza.

Questo del resto apparisce come cosa inevitabile quando si pensa che il diritto non si può riguardare facendo astrazione dagli esseri umani e coscienti, i cui rapporti deve regolare, e quando si pensa che le leggi della condotta implicano coordinazioni di rapporti fra individui umani operanti. Onde non solo, come abbiamo veduto, l'elemento psichico non potrà mai in tal caso essere interamente trascurato; ma per giunta ancora, dal modo come sarà concepita l'umana coscienza dipenderà in gran parte il modo come verrà concepito il diritto. Ne segue che quando la coscienza si considera prevalentemente o esclusivamente come un insieme di fenomeni conoscitivi, il diritto verrà in tutto sottoposto alle leggi della logica.

L' esempio del diritto naturale viene per tal modo a ricon-

fermare indirettamente la nostra tesi, mostrando, prima di tutto, che non può darsi un sistema scientifico del diritto, il quale si possa del tutto emancipare dall'elemento psichico; e, in secondo luogo, che anche allorquando sembra che una tale emancipazione sia avvenuta; essa nel fatto non ha poi avuto luogo, poichè il diritto riflette pur sempre il modo come la coscienza viene concepita, quantunque il rapporto di dipendenza non sempre apparisca assai chiaro e si possa facilmente scorgere.

§ 26. — Se il sistema del diritto naturale in forza della sua indole, delle cause che ne avevano determinato o influenzato la genesi, della sua logica struttura si opponeva al pieno riconoscimento di una base psicologica; non era meno in contrasto con essa l'altra dottrina, quella cioè che attribuiva il diritto alla semplice opera del legislatore.

Una tale dottrina tendeva a fare apparire il diritto quale l'opera di un solo o di pochi e disconosceva quindi tutto quel lento processo formativo che ne prepara le condizioni e gli elementi. Perchè infatti si possa scorgere e comprendere il profondo lavorìo psichico, che precede e accompagna le formazioni del diritto, bisogna cominciare con riconoscere che il diritto è conseguenza di tutto un lungo processo di adattamento, il quale si svolge nei rapporti reciproci degl' individui, nei rapporti fra gl' individui e la convivenza, e nei rapporti di quelli e di questa con l'ambiente esterno in cui vivono e si sviluppano. E tutto ciò non può essere certamente opera dell'arbitrio di un solo o di pochi, ma è l'effetto di un insieme complesso di condizioni necessarie, che si svolgono in un dato modo, secondo le proprie leggi di sviluppo e si sottraggono all' arbitrio o al buon volere anche del più potente despota. La mente di uno o di pochi può, tutto al più, promuovere nuove combinazioni degli elementi, che già esistono, imprimere nuovi indirizzi al loro naturale svolgimento, o meglio, affrettare il loro sviluppo naturale o perturbarne anche, fino a un certo segno, il loro normale andamento, ma non può creare quelle condizioni, non può assegnare ad esse nuove leggi di sviluppo.

E così anche nel campo dei rapporti giuridici, essa non

può determinare le condizioni su cui si fondano, gli elementi da cui vengono naturalmente costituiti, le leggi di adattamento che ne regolano la naturale trasformazione. Onde il còmpito del legislatore consiste sopra tutto nel riconoscimento di quelle condizioni e di quelle leggi, nella determinazione della formula che deve esprimerle e trasformarle in un imperativo cosciente e voluto e quindi da leggi naturali deve trasformarle in leggi morali irrefragabilmente obbligatorie nei rapporti esterni.

Ma, è inutile indugiarci più a lungo su di una concezione del diritto superata oramai quasi definitivamente dal pensiero moderno. Solo non è inutile riconoscere anche qui che, neppure una concezione di questo genere poteva prescindere da un riferimento alla base psicologica del diritto, onde neppure essa veniva ad eliminare ogni considerazione degli elementi psichici. L'attenzione infatti che altre volte si portava all'arte di governo, alla mente del legislatore, all'educazione del principe; lo sviluppo della politica siccome un'arte rivolta a conservare il potere nelle mani di chi governa, ma anche ad assicurare al popolo una maggior somma di benessere, sono tutti indizi che dimostrano come, anche quando si credeva all'onnipotenza del legislatore, indirettamente si riconosceva l'influenza dei fattori di ordine psicologico nella formazione e nell'opera della legge. Così, basta, ad esempio, di scorrere le pagine classiche del Machiavelli, del Paruta, del Botero per vedere quale influenza si accordava altre volte ai moventi psichici nella formazione e nel governo degli stati. Ma la considerazione dell'elemento psichico acquista un posto assai importante nello *Spirito delle Leggi* del Montesquieu, ove le leggi vengono specialmente considerate rispetto al *principio* informatore delle diverse forme di governo e quindi a ciò che le genera e le fa agire, come anche rispetto ai costumi, ai caratteri, alle condizioni morali e sociali che si sviluppano nei vari popoli, all'influenza del clima e dell'ambiente fisico in genere, e finalmente rispetto allo spirito del legislatore, ai criterii cui deve ispirarsi, ai fini cui deve tendere, agli effetti che può conseguire.

Capitolo VII.

Il fondamento psichico del diritto e il realismo giuridico.

§ 27. — Ma se questa falsa concezione dell'onnipotenza del legislatore in quanto si connette alle vecchie teorie di governo, è stata in gran parte superata dal pensiero moderno; vi è ancora un'altra concezione di genere affine che in questi ultimi tempi ha acquistato seguito e voga, la quale è venuta a sostituirla, essa è quella appunto che conosciamo sotto il nome di *realismo giuridico*. Questa nuova concezione non ammette più l'onnipotenza del legislatore in un senso materiale, nel senso cioè che egli possa creare di sana pianta le condizioni che danno poi origine al diritto, che possa spostarne e modificarne il contenuto, ma riconosce l'onnipotenza dello stato e quindi del legislatore quale organo di esso, nel senso puramente formale (al contrario di ciò che la suddetta denominazione lascerebbe supporre), nel senso cioè che la sola volontà dello stato sia capace di generare il diritto e che perciò non si possa parlare di fatto, di rapporto, di norma giuridica se non quando esplicitamente o implicitamente la volontà dello stato ha riconosciuto e affermato in quei fenomeni il carattere giuridico. Onde la denominazione di *realismo* va intesa in un significato relativo rispetto ai criterii da cui parte questa concezione, secondo i quali tutta la *realtà* del diritto risiede nella espressa o supposta volontà dello stato.

Questa concezione che ha dato luogo alla scuola detta *giuridica* o del *metodo giuridico*, è sorta principalmente in Germania, da cui si è diffusa nel nostro paese con l'influenza grandissima che la scienza tedesca, in parte per il suo valore, in parte anche per la moda, ha esercitato ed esercita sulle menti dei nostri giuristi e filosofi del diritto. Essa peraltro aveva avuto in Inghilterra uno svolgimento proprio e indipendente e viene ora sopra tutto rappresentata dalla scuola che mette capo ad Austin.

Noi abbiamo già precedentemente indicate le condizioni psichiche in cui questa concezione è sorta e non dobbiamo più indugiarci a descriverle. Solo ci basta constatare che per l'importanza assoluta ed esclusiva che essa accorda alla volontà dello stato nella formazione del diritto, è costretta a non ammettere altro diritto oltre quello positivo. Ciò che lo stato non riconosce e non fa valere non è diritto, ma è morale o diritto ancora in formazione *(das werdende Recht)*. Di modo che, dato il punto di partenza di questa scuola, il diritto non si distingue più per la sua intima natura, ma si distingue per il suo lato formale soltanto, cioè per il carattere imperativo ed effettivamente obbligatorio che infonde ad esso lo stato.

Non occorre molta perspicacia per comprendere che un tal modo di concepire il diritto non è in tutto conciliabile con una teoria psicologica di esso e quindi con una vera base scientifica. Certo, l'inconciliabilità è minore che nella teoria precedente, però che questa dottrina non parla esplicitamente di onnipotenza del legislatore e riconosce più o meno che vi è nel diritto tutto un processo formativo che precede il riconoscimento dello stato; per cui questo riconoscimento sarebbe come l'atto finale che determina il carattere differenziale del diritto, ma non crea l'atto giuridico di sana pianta e come *ex nihilo;* esso veste, in altri termini, di forma giuridica un fatto e un rapporto che, senza questo riconoscimento, sarebbero semplicemente un fatto e un rapporto sociale.

Ma, pur ammettendo questo, una tale scuola viene ad esagerare l'importanza di certi fatti, e a negare o a disconoscere certi principii, senza l'accettazione dei quali non è possibile di scorgere il vero fondamento psichico del diritto e perciò di determinare la vera natura del fenomeno giuridico.

Ecco infatti i principali punti, rispetto ai quali la inconciliabilità più chiaramente apparisce:

1.° L'eccessiva importanza che questa dottrina dà o tende a dare al lato formale del diritto;

2.° Il modo quindi come ne concepisce l'intima natura e i caratteri differenziali;

3.° Il valore che accorda alla volontà dello stato e naturalmente all'organo legislativo per mezzo del quale questa volontà sopra tutto si esplica;

4.° La poca importanza che essa attribuisce al processo formativo e quindi a quel sottosuolo dove si elaborano le condizioni che preparano il diritto e premono sulla coscienza del legislatore e guidano la condotta giuridica degl' individui associati;

5.° Il modo come considera le aspirazioni che agitano la coscienza del popolo e influiscono a determinare i nuovi concetti di giustizia e di diritto. Vediamo per ordine.

§ 28. — Questa scuola, come già sappiamo, dà ed è costretta a dare la massima importanza al lato formale del diritto, poichè essa non vede il diritto che nella forma assunta per opera del riconoscimento dello stato, e sopra tutto per opera del legislatore. Se il diritto risiede in questa forma, è in essa che bisogna ricercare tutta la ragione di essere della norma e del rapporto giuridico e su di essa bisogna fondare ogni spiegazione del diritto. Il diritto apparisce allora come un sistema tecnico, come un puro meccanismo di formule, di cui si può analizzare la struttura, si possono determinare le connessioni logiche, si possono cercare i gruppi, le categorie, le distinzioni e sottodistinzioni, ma non si può certo afferrare il lato psicologico. Quando la norma si considera, non più per sè stessa, ma per la volontà che l'impone, nella forma definitiva e rigida che ha assunto, apparisce inutile ogni altra ricerca che non abbia attinenza con questa forma, anzi più che inutile può apparire pericolosa, come quella che fa perdere di vista il momento sul quale ogni attenzione deve essere rivolta, il momento considerato come decisivo per la genesi e l'affermazione del diritto. A che infatti occuparsi di vedere se il diritto risponda o pur no a certi fenomeni di ordine psicologico, se risponda a certe idee, a certi sentimenti, a certi bisogni quali si delineano nella coscienza, una volta che esiste perchè lo stato lo vuole, perchè lo vuole il legislatore, una volta che esso è quello che è per opera di una forza estrinseca? Una volta che esso

è a quel dato modo, che ha assunto quella data forma esterna per opera della volontà dello stato, ogni ricerca che non sia rivolta su di essa non può avere propriamente valore giuridico perchè verte su fatti che non sono più fatti giuridici. Essa potrebbe invece apportare confusione e fornire alimento ad aspirazioni anti-giuridiche, facendo apparire come in connessione col diritto fatti e rapporti, che devono essere tenuti rigorosamente separati da esso. Una volta che la volontà dello stato ha fatto la separazione tra ciò che è giuridico e ciò che non è giuridico, ogni ricerca di ordine psicologico può apparire come una ingiustificata inframmettenza, come un tentativo per intorbidare le acque così chiare che sgorgano da una fonte unica e pura.

È vero che anche di fronte a questa dottrina la considerazione dell'elemento psicologico può acquistare un certo valore quando si tratta dell'applicazione della norma o quando si tratta di far valere o di determinare un diritto subbiettivo; ma anche in questi casi peraltro il formalismo di una teoria così rigida non può non far risentire i suoi effetti. Così quando si tratta dell'applicazione, una tale dottrina, logicamente, non può andare più in là della nuda forma, cioè di quella interpretazione che viene chiaramente da essa suggerita; ogni interpretazione che volesse in qualche modo penetrare nel contenuto, dovrebbe ad ogni costo evitarsi, perchè offre il pericolo di sostituire la volontà di chi applica alla volontà del legislatore. Tanto più dovrebbero evitarsi le considerazioni di equità, poichè l'equità suppone sempre un appello dalla forma al contenuto, o per meglio dire, a un diritto superiore a quello che proviene dalla volontà dello stato. Nè si può opporre che il giudice è anch'esso un organo della volontà dello stato, poichè di fronte alla teoria formalista i poteri sono meccanicamente e rigorosamente divisi e le funzioni quindi dei vari organi dello stato debbono essere con rigida precisione mantenuti entro i limiti delle attribuzioni di ciascuno. Rigido applicatore della legge, il giudice quindi deve rimanere esclusivamente giurista, e non può in alcun modo rivolgere gli sguardi al contenuto della norma, agli elementi

viventi ed attivi che si muovono entro e sotto quella copertura esteriore. Anzi, a volere essere logica e coerente, questa dottrina dovrebbe togliere al giudizio ogni latitudine d'azione, ogni potere discrezionale, però che ogni latitudine lasciata al giudice è uno strappo alla teoria, implica la sostituzione di una diversa volontà a quella del legislatore; significa, in altri termini, che, accanto alla volontà che fa la legge in genere, vi è una volontà che fa la legge nei casi singoli; e sebbene questa seconda volontà si debba svolgere entro i confini segnati dalla prima, vi è una volontà che agisce per proprio conto.

Tutto ciò suppone un completo disconoscimento di certi fatti, di certe tendenze che operano pur sempre, sia nella coscienza del giudice, sia nella coscienza sociale in genere, malgrado tutte le teorie in senso contrario; e viene inoltre a trovarsi in aperto contrasto con certe altre tendenze che si vanno facendo strada nella scienza moderna, perchè basate sopra un apprezzamento più completo della realtà. Il fatto che essa disconosce è l'universale autorità della giurisprudenza quale fonte del diritto. L'importanza che questa assume può essere maggiore o minore nelle varie epoche storiche, ma essa rimane sempre, anche quando le leggi sono chiare e precise, una potente fattrice del diritto, la cui autorità può venir negata soltanto nella teoria, ma non sarà mai disconosciuta nel fatto. Le tendenze con cui si trova in contrasto si riferiscono al modo come vengono concepiti il carattere del giudice e il suo còmpito. Si comincia cioè a comprendere che il giudice, oltre ad essere giurista, debba anche essere psicologo, specialmente rispetto a quelle parti del diritto in cui i rapporti riescono meno ad obbiettivarsi e risentono sempre la natura del soggetto, come avviene specialmente nel campo del diritto penale. Onde la tendenza di estendere, almeno in certi campi, la latitudine del giudice e di concedere una sfera più larga alla sua discrezione e al suo apprezzamento.

Finalmente vi è il fatto che la interpretazione, al contrario di quel che ordinariamente si pensa, non può essere sottoposta a regole fisse e varia secondo lo spirito che informa

i pubblici poteri e in ispecie la magistratura e secondo le influenze che la coscienza pubblica, le idee, i sentimenti, le dottrine predominanti esercitano sulla coscienza del magistrato. Di tutto ciò una teoria puramente formalista non può tener conto se non per condannarlo; ma condannare il fatto non significa farlo sparire, quando esso è prodotto da cause che inevitabilmente agiscono sulla coscienza e nella coscienza non possono non generare effetti ad esse corrispondenti.

Rimane il terzo momento, quello del diritto subbiettivo; ma esso è forse quello in cui più chiara apparisce l'inconciliabilità di questa dottrina col pieno riconoscimento della base psicologica del diritto. Il diritto subbiettivo suppone infatti una volontà che si svolge liberamente entro una determinata sfera d'azione, e questa sfera d'azione non può essere creata dalla volontà dello stato; lo stato non può fare altro che riconoscerla. Essa viene invece determinata, prima di tutto, dalla natura stessa del rapporto e in secondo luogo, dall'insieme delle idee, dei sentimenti, dei bisogni, delle aspirazioni, onde in una data epoca storica vien fuori il modo di pensare e di sentire intorno a quei dati rapporti. Per cui, se il riconoscimento dello stato si adagia sopra queste condizioni, la norma risponderà alle esigenze cui il diritto deve rispondere, se non vi si adagia, riuscirà perturbatrice anzi che regolatrice e il diritto rimarrà un involucro formale destinato ad essere prima o poi spezzato dalla necessità delle cose.

Questo pertanto non può comprendere la dottrina di cui ci occupiamo, perchè la logica delle cose non glielo consente; e perciò molte delle questioni che ora si vengono agitando nel campo del diritto pubblico risentono le conseguenze di questa falsa concezione. Qui non è il caso di entrare a discutere tali questioni, ma diciamo soltanto che gli errori di esse mettono capo all'aver voluto disconoscere la natura intima del diritto subbiettivo, riducendola a una semplice creazione dello stato. Così, coloro che negano l'esistenza dei diritti pubblici subbiettivi sono condotti a una tale conclusione dal loro falso punto di partenza: se il diritto subbiettivo, essi ragionano, è una sem-

plice concessione dello stato, dipendente in tutto e per tutto dalla sua volontà, non può esser fatta valere contro di esso, perchè come lo stato l'ha concesso, può toglierlo e sopra una concessione che per tal modo può esser tolta a piacimento, non si può fondare un diritto. È certo che, ridotto a questo meccanismo puramente formale, senza alcun riguardo alla natura del rapporto e alla sua base psichica, il ragionamento ha un certo fondamento di verità; e può financo sembrar logica l'affermazione di alcuni statolatri i quali arrivano perfino a paragonare la volontà dello stato con la volontà di Dio, dicendo che quella è onnipotente e illimitata come questa. Un esame del fenomeno dal punto di vista psicologico avrebbe invece condotto a comprendere, prima di tutto, che la volontà dello stato deve pur sempre muoversi entro a confini che essa stessa s'impone; in secondo luogo, che essa non è un fatto semplice, ma un fatto assai complesso, che si svolge secondo certe date leggi e che perciò non può mutare secondo il capriccio del momento, in terzo luogo finalmente, che essa non è un'astrazione campata in aria, ma si determina invece in una convivenza e non può non riflettere quindi le idee, i sentimenti, i bisogni che si elaborano nella coscienza collettiva.

Tutto ciò peraltro una teoria formalista e semplicista come quella, non può comprendere e perciò il realismo giuridico che essa invoca è un realismo puramente nominale.

§ 29. — Queste osservazioni ci preparano il passaggio al secondo punto.

Secondo questa teoria infatti l'intima natura del fatto e del rapporto giuridico e i caratteri differenziali di esso non sono da altra cosa determinati che dalla volontà dello stato; o per meglio dire, essi sono lasciati completamente da parte, poichè tutto in questo caso dipende da un fatto estraneo al rapporto stesso, che è appunto la manifestazione di quella volontà, i caratteri differenziali fondati sulla natura intima del rapporto vengono lasciati completamente da parte. E a che occuparsi allora di essi? La ricerca di questi potrebbe avere allora solo un interesse di curiosità, ma non avrebbe alcun valore pratico, anzi,

se ben si pensa, data una tale teoria, un tal processo non avrebbe ragione di essere, poichè è lo stato che determina l'intima natura del diritto, come ne determina i caratteri esteriori. È vero che, la volontà dello stato può non essere arbitraria ed obbedire anch'essa a una legge di organizzazione e di sviluppo, ma questo non dovrebbe interessare il diritto, poichè, per ipotesi, il diritto comincia solo al momento in cui questa volontà si manifesta.

Prendendo così per punto di partenza e per carattere distintivo la sanzione dello stato, si è naturalmente indotti a falsare o a disconoscere la natura intima del fatto giuridico, sia per ciò che si riferisce alla sua connessione con i fatti sociali e psichici di cui esso è alla dipendenza, sia per ciò che si riferisce al suo momento coattivo. Se il diritto è una delle tante manifestazioni della vita sociale, che è innanzi tutto vita psichica, è in queste che devono principalmente rinvenirsi i nuovi caratteri differenziali. Perciò non ogni fatto, non ogni norma possono diventare giuridici per opera di una forza esterna se essi per loro natura non sono tali. Una norma ad esempio che comanda di venerare la divinità, con tutto il cuore, di non desiderare la roba o la donna di altri, di amare il prossimo come sè stessi, non potrebbe diventare giuridica per opera della volontà dello stato soltanto, perchè questi fatti sono per loro natura non giuridici, e la volontà dello stato non può agire su di essi in modo da cambiare la loro intima natura. D'altra parte, le norme che comandano di non uccidere, di non rubare, di non commettere adulterio, e via discorrendo, possono non essere riconosciute dallo stato, e infatti non sono state sempre riconosciute (massime quando lo stato non era sorto o non aveva definitivamente assunto la funzione di tutelare il diritto), ma ciò non toglie che esse, per la loro intima natura siano norme giuridiche, perchè si fondano sulla natura umana e socievole, su certi istinti della conservazione dell'individuo e della specie, e oltre ad essere indispensabili per la coesistenza degli individui nell'aggregato, sono capaci di ricevere una esterna coazione; perciò prima o poi dovettero essere riconosciute dallo stato.

Vi sono dunque condizioni essenziali che, non solo preludono a quel riconoscimento e lo determinano, ma lo rendono anche possibile.

Con ciò non s'intende certamente di negare l'importanza di esso, perchè esso rappresenta sempre una parte notevole, un momento importante del processo, il cui valore diventa decisivo quando si tratta del diritto effettivamente praticato, tanto che, *in uno stato moderno non si può dare diritto positivo senza un riconoscimento almeno implicito o supposto* da parte dello stato. Ma il diritto positivo è un aspetto del diritto, non è tutto il diritto, è un diritto che ha raggiunto la sua perfezione, pur conservando sempre quella natura e quei caratteri differenziali provenienti dalle condizioni psichico-sociali, che presiedono alla sua formazione e ne determinano l'indole specifica. In altri termini, esso è diritto, non per opera dello stato soltanto, ma anche in forza della sua natura intima. Ciò che lo stato gli comunica o almeno dovrebbe comunicargli è un maggior grado di precisione e di obbiettività, è una nuova forza obbligatoria. Certo lo stato non si mantiene sempre fedele a questo còmpito, alle volte straripa, alle volte invece rimane al di qua e alle volte è condotto da criterii falsi e da interessi cozzanti a creare addirittura un diritto arbitrario che non è tale, se non perchè lo stato lo vuole. Ma questo non infirma il principio, come non infirmano l'esistenza di una legge naturale le infinite perturbazioni che essa viene a ricevere nella realtà.

Sappiamo bene che a questo ragionamento può essere opposto che esso riconduce alle dottrine del diritto naturale, al famoso ordine naturale delle cose o alla retta ragione, che suggeriva un diritto assoluto e immutabile. Questo è infatti l'errore in cui cadono quasi tutti i moderni oppositori del diritto naturale, i quali, avendo abbandonato quel campo, si rifugiano nel campo opposto e credono non vi possa essere salvezza se non in questo. Essi non vedono che le due dottrine sono entrambe esagerate, sono come i due poli tra i quali bisogna trovare la verità; per cui questa non si può trovare quando si passa da un polo all'altro, ma quando, mettendosi in una posizione in-

termedia, si è in grado di vedere quello che vi è di vero o di falso in ciascuna opposta dottrina.

Al diritto naturale non si può mai negare il gran merito di aver presentito che le basi scientifiche del diritto debbono ricercarsi nella natura delle cose e dei rapporti umani, di avere cioè aperto la via a una concezione scientifica del diritto. Esso presentiva già che a una concezione scientifica del diritto non si potrà mai arrivare se non si comincia con ammettere che vi sono leggi naturali fondate sui naturali bisogni e sulle naturali condizioni di organizzazione e di sviluppo della coscienza e della società umana. Il suo errore consisteva, non nell'avere riconosciuto questo fondamento, ma consisteva nel modo come lo determinava e nel modo quindi come concepiva il diritto in rapporto con esso. Anzi che nei dati di fatto, nelle condizioni effettive della vita psichica e nella effettiva struttura delle convivenze esso cercava quel fondamento nella ragione astratta; anzi che su di un rigoroso metodo positivo (controllato dalla esperienza) e sulle ipotesi scientifiche, esso si basava su di un metodo deduttivo puro, sottratto al sindacato dell'esperienza e sulle ipotesi metafisiche; perciò arrivava a conclusioni che non erano in armonia con i fatti. Onde la natura delle cose, quale veniva da esso concepita e sopra tutto, la natura dell'umana coscienza, il dato psichico del diritto, non erano corrispondenti alla realtà; poteva rispondere ad esigenze razionali e logiche, ma non rispondeva ad esigenze scientifiche. E il diritto che da tali concezioni e da tali premesse doveva scaturire, il diritto assoluto e immutabile, se poteva fino a un certo segno soddisfare le aspirazioni che si delineavano in un dato momento storico, non potevano certo soddisfare le esigenze della scienza.

Ora, riconoscere che era errato il modo come i seguaci di quella dottrina determinavano quel fondamento, non significa addirittura negare che vi fosse per il diritto un fondamento di quel genere e che il diritto non abbia le sue prime radici nella natura della coscienza e della società umana. L'erronea spiegazione di un fenomeno non deve portare a conchiudere che sia inesistente il fenomeno stesso, ma deve soltanto portare a

conchiudere che la spiegazione non tiene sufficientemente conto di tutte le cause, di tutti gli elementi onde il fenomeno è determinato e che quindi occorre di trovare una spiegazione diversa, la quale a queste esigenze meglio soddisfi. Così, non è inesistente la connessione che il diritto ha con la natura dell'uomo e della società, esso anzi è strettamente legato con questa; per cui, negare il diritto naturale non significa negare questa connessione, ma negare semplicemente la spiegazione che di essa veniva data e il modo quindi come tale connessione veniva posta.

Tutto questo ci porta a ritenere che il criterio della volontà dello stato, quantunque costituisca un criterio differenziale di molta importanza, non si può riguardare come un criterio primitivo e fondamentale, ma che esso è invece un fatto derivato, prodotto dalle stesse cause in genere che hanno contribuito a determinare nelle coscienze l'idea e il sentimento di giustizia e in ispecie poi i concetti e i sentimenti del diritto. Per cui, secondo il modo come queste cause hanno agito in seno dello stato, si origina un diritto perfetto o imperfetto. Un sistema di diritto positivo può essere infatti perfetto o imperfetto, ma il criterio per determinare tale distinzione non può essere certamente attinto al solo riconoscimento dello stato, poichè il riconoscimento è quello che è, esso significa soltanto che la volontà dello stato si è determinata in quel dato modo e perciò conserva sempre immutato il suo carattere formale; quel criterio deve invece essere attinto a qualcos'altro che sta al di là del riconoscimento e in cui l'essenza del rapporto giuridico risiede, deve essere cercato nelle condizioni di adattamento e nel modo come esse vengono intese nella coscienza giuridica del popolo. Onde, malgrado e indipendentemente dal riconoscimento, un sistema di diritto si può dire perfetto quando incarna certe aspirazioni e certi bisogni, mentre è più o meno imperfetto quando si trova più o meno con esse in contrasto o non riesce ad incarnarli completamente.

Un altro difetto delle dottrine del diritto naturale era quello appunto di accordare al diritto non positivo un valore pratico

maggiore di quello che esso possa e debba avere. Ma questo peraltro dipende dall'autorità, che per le condizioni precedentemente indicate, il diritto naturale aveva assunto; e perciò non si può neppure esso invocare come una ragione per respingere ogni e qualunque forma di diritto non positivo. Invece i seguaci del realismo giuridico, guardando quel fenomeno da un punto di vista esteriore, considerano le conseguenze e non le cause, onde furono prodotte e perciò dal fatto che in un' epoca storica, l'affermazione di un diritto non positivo produsse numerosi inconvenienti, perchè venne dai giudici invocato come un vero e proprio diritto positivo, conchiudono col negare che vi possa essere altro diritto tranne quello ammesso e riconosciuto dallo stato, essendo un tale diritto, non solo scientificamente insostenibile, ma anche praticamente pericoloso.

La conclusione non è peraltro contenuta nella premessa, poichè dall'avere un diritto non positivo assunto un tempo autorità di diritto positivo, non si può concludere che questo debba sempre accadere in tutti i casi e in tutti i tempi, e neanco che la sola possibilità di un tale inconveniente costituisca per sè sola un pericolo per il diritto positivo. Gl' inconvenienti che si lamentano a questo riguardo rispetto al diritto naturale furono allora più che largamente compensati dai benefici effetti che quelle dottrine produssero e dalla influenza notevole che esercitarono sulla evoluzione del diritto. E del resto inconvenienti di questo genere si possono sempre originare in seno del diritto (esista o non esista una dottrina ufficiale intorno al diritto non positivo) quando certe date condizioni storiche e psichiche si verificano; e non saranno certo le dottrine di una scuola, si chiami essa anche realista, che varranno ad impedirli.

I seguaci del così detto realismo giuridico, si mettono adunque da un punto di vista unilaterale (come del resto accade ai seguaci delle dottrine di reazione) quando degli effetti dannosi del diritto naturale si fanno un' arma in difesa della propria dottrina, disconoscendo in tal modo e l'influenza delle condizioni in cui il diritto naturale sorse e l'azione benefica che, date

quelle condizioni, tale dottrina potè esercitare. È fuori di dubbio che in quell' epoca e in quelle condizioni una dottrina come il realismo giuridico, non avrebbe impresso quell' impulso benefico all'evoluzione del diritto, non avrebbe prodotto quei risultati fecondi nel campo della pratica, ma avrebbe senz' altro ritardato o addirittura impedito quel movimento di trasformazione che valse a mettere il diritto in armonia con le esigenze della vita. Il che, se qualche cosa significa, è appunto questo, che il realismo giuridico non è una dottrina universale come appunto dovrebbe essere una dottrina scientifica, perchè esso si adatta e risponde solo a certe condizioni, spiega solo certi dati fatti e mette solo in rilievo alcuni dei caratteri differenziali del diritto. Certo che una teoria del diritto non può essere che una teoria relativa perchè il diritto è una formazione storica e perciò deve riflettere necessariamente le condizioni dei vari tempi e dei vari luoghi, lo spirito delle varie razze, le tendenze dei vari popoli; ma l'essere una teoria relativa non significa che essa non possa assorgere ad alcuni generali principii, i quali essendo fondati sulla natura stessa del rapporto, sulla intima natura del fenomeno, devono essere sempre veri per quante modalità possano essi ricevere nei vari ambienti. Ora è appunto di alcuni di questi principii che la dottrina non tiene conto e perciò non può valere se non in alcune condizioni storiche e psichiche e anche allora, solo parzialmente, riuscendo in tal modo unilaterale e imperfetta.

§ 30. — Ma dove questa unilateralità apparisce in tutta la sua evidenza è per rispetto al concetto di coazione, a proposito della quale vengono fuori altre deficienze del realismo giuridico dal punto di vista della psicologia del diritto.

I giuristi, almeno la gran maggioranza di essi, sono oramai d'accordo nel ritenere che la norma giuridica diventa irrefragabilmente obbligatoria per opera di una forza, di una coazione che ad esso si unisce per farla rispettare. Che cosa è questa forza? La determinazione di essa costituisce appunto uno dei problemi più delicati e più importanti della psicologia del diritto.

Questa forza non è che una forza psichica, la quale induce la volontà a determinarsi e ad agire in un senso piuttosto che in un altro. Essa è quindi la forza psichica messa a servizio del diritto, o fatta nascere nella coscienza per indurre all'osservanza della norma giuridica. Ma anche la norma morale è fatta valere da una forza psichica che agisce sulla volontà. Occorre allora un altro carattere distintivo e questo consiste innanzi tutto nella possibilità di far sempre agire questa forza per mezzo di una causa esterna, senza che per ciò la natura del rapporto in cui essa agisce venga ad essere turbato. Di modo che la forza di cui qui si parla è una forza che opera dall'esterno all'interno e può per tal modo operare perchè la natura del rapporto lo permette. Ciò non toglie peraltro che questa forza che muove dall'esterno possa venire in qualche modo corroborata da una forza che muove dall'interno, quale è quella che più propriamente rende obbligatoria la norma morale. In molti casi anzi, sopra tutto nell'uomo civile, si può dire che questa sia la forza che a preferenza agisce a rendere obbligatoria anche la norma giuridica, ma siccome da essa non apparisce il carattere distintivo che qui cerchiamo, così di essa non ci occuperemo presentemente.

Dunque la forza che opera a rendere obbligatorio il diritto è una forza destata da una causa esteriore e può essere destata da una causa esteriore, perchè il rapporto giuridico è di tal natura, da sopportare l'influenza psichica di una causa esterna, mentre questo non accade invece per il rapporto morale. Così, l'obbligo giuridico può essere determinato dalla paura di una pena, come dalla paura della pubblica opinione, senza che queste cause vengano a snaturarne il carattere, mentre l'obbligo morale si snatura quando attinge la sua forza unicamente a queste cause. Da ciò si comprende che vi è un'intima connessione, un adattamento interno fra il rapporto e la forza che su di esso può agire; adattamento che per rispetto alla coazione esiste nel primo caso e non può esistere nel secondo. Per tal modo il precetto: *non desiderare la roba degli altri,* non si potrà mai trasformare in una norma giuridica, perchè in esso quella forza

destata da causa esterna non può operare, o pure, operando, verrebbe a snaturare il carattere vero del precetto e non varrebbe allora al raggiungimento dello scopo. Invece l'altro precetto: *non prendere la roba degli altri*, sarà sempre una norma giuridica indipendentemente dal suo sottostrato morale, anche quando non sia inculcata da alcuna forza esterna, poichè quella forza proveniente dall'esterno (destata da causa esterna) può sempre operare e operando, non snatura menomamente il carattere del rapporto, anzi ne determina l'obbligatorietà. In altri termini, si può sempre costringere qualcuno a non prendere la roba altrui, ma non si può costringere qualcuno, con mezzi esterni, a non desiderare l'altrui roba, o pure se questi mezzi riescono ad ottenere l'intento, colui che obbedisce al precetto in forza di essi, non ha alcun merito, perchè quel precetto deve essere obbedito per sè stesso e non in forza di motivi esteriori. Onde, chi rispetta il diritto soltanto per paura della eterna sanzione, agisce giuridicamente, ma non agisce moralmente.

Vi è ancora un altro carattere distintivo della coazione giuridica, il quale acquista importanza quando lo stato sorge e comincia ad agire come organo del diritto, e questo consiste nella possibilità di esser fatta valere per opera dello stato. Cioè a dire, la causa esterna capace di generare la forza psichica produttrice dell'obbligo giuridico, deve risultare di tal natura, da potere essere messa in azione dalla volontà dello stato, sia direttamente, sia anche indirettamente. Così, circa il secondo precetto innanzi enunciato, lo stato può agire direttamente, comminando una pena contro colui, che viola l'altrui proprietà e indirettamente, provocando con la stessa pena da esso comminata, la riprovazione pubblica di tutti gli atti rivolti a violare l'altrui proprietà.

Anche questa seconda forma di possibilità dipende innanzi tutto dalla natura stessa del rapporto, poichè, come si sa, vi sono una quantità di rapporti, che pure essendo capaci di ricevere una esterna coazione, non sono capaci di ricevere la coazione proveniente dallo stato, rispetto ai quali perciò tale coazione non raggiunge l'effetto o raggiunge un effetto con-

trario a quello che il diritto si propone o dovrebbe proporsi. In tali casi lo stato è costretto ad astenersi o pure è costretto ad agire solo indirettamente, formulando la norma e facendo poi appello per l'osservanza di essa all'azione spontanea delle forze sociali e politiche, come appunto avviene per parecchi dei diritti pubblici subbiettivi, di cui esempio tipico è il diritto al voto (1).

Ma, oltre che dalla natura intima del rapporto, queste due forme di possibilità dipendono anche dal modo come il rapporto viene concepito nei vari tempi e luoghi e quindi dal modo come vengono concepite queste medesime forme di possibilità. E qui appunto l'analisi psicologica acquista una grande importanza, poichè essa deve mostrare come nella coscienza pubblica si vadano determinando quelle maniere di pensare e di sentire il diritto, le quali poi agiscono sul modo come la possibilità della coazione viene concepita. Infatti vediamo a traverso l'evoluzione del diritto delinearsi nella coazione elementi stabili ed elementi mutevoli, gli uni sono connessi con la natura del rapporto, gli altri col modo come viene concepito. Per esempio, rispetto al precetto: *non rubare*, la coazione può venire in genere sempre applicata, perchè lo comporta la natura del rapporto, e questo è l'elemento stabile della coazione; ma la possibilità e il modo di applicarla sono invece state concepite nei vari tempi in diversa maniera; e ciò costituisce l'elemento mutevole.

La maniera di concepire il rapporto può operare anche trasformazioni più importanti sul modo di concepire la possibilità della coazione. Poichè, secondo che varia il punto di vista, certi rapporti vengono considerati come capaci o come incapaci di ricevere una esterna coazione e quindi, ora dal campo della morale e della religione passano nel campo del

---

(1) Le ragioni per cui cito il voto come esempio tipico si possono vedere nel mio scritto: *Il voto obbligatorio*, pubblicato sulla rivista *Roma* nei numeri del settembre e ottobre 1901.

diritto, ora invece dal campo del diritto passano in quegli altri campi. Così, fino ad epoche relativamente recenti, si era creduto alla possibilità di applicare la coazione al precetto religioso, come ora si verifica la tendenza ad applicare la coazione a una quantità di rapporti, cui in altri tempi si sarebbe riconosciuto semplicemente un valore etico.

La coazione adunque è uno dei più importanti caratteri distintivi del diritto, ma la possibilità di applicarla e di farla valere non dipende dall'arbitrio, nè degl'individui, nè degli organi dello stato, ma dipende dalla natura propria del rapporto e dal modo come questo viene concepito. Lo stato non può creare queste condizioni e per conseguenza non può creare quella possibilità; il suo còmpito si riduce a renderla effettiva in una forma determinata, stante che la coazione può rendersi effettiva in altri modi senza l'intervento dello stato, per opera di altre sanzioni esterne. Anzi il diritto non viene obbedito soltanto per paura della sanzione che in sostegno di esso commina lo stato, guai anzi se così fosse! Il nostro complicato edificio giuridico non potrebbe reggersi un solo istante. Vediamo infatti che, a rendere il diritto effettivamente obbligatorio, operano oltre che tutte le forze che provengono dall'interno e hanno più propriamente il carattere di moventi etici, una quantità di cause esterne che si svolgono indipendentemente dall'azione dello stato, quale la considerazione dei propri interessi nei rapporti con gli altri, la paura della pubblica opinione e dei giudizi del pubblico, e quindi i riguardi umani, i sentimenti di rispetto, di simpatia, di amicizia, e anche in molta parte, lo spirito d'imitazione e le abitudini contratte. Di modo che la sanzione dello stato viene ragionevolmente detta l'*ultima ratio* e rimane l'estremo mezzo cui si ricorre allorchè le altre molle che sogliono ordinariamente operare, in un dato caso più non agiscono o hanno cessato di agire. Volendosi meglio precisare dunque, si dovrebbe dire che lo stato non fa che prendere una data forma di coazione esterna e conferire ad essa un carattere più determinato, collegandola più strettamente e in modo più certo con la norma giuridica, di modo che essa

operi sempre insieme con la norma, mentre altrimenti potrebbe o non potrebbe operare. Per esempio, il biasimo della pubblica opinione non sempre segue a una violazione del diritto, mentre la sanzione dello stato deve sempre seguire, essendovi appunto nello stato organi specialmente incaricati di farla valere. Ma ciò non significa che lo stato determini l'essenza della sanzione, ciò significa semplicemente che ne precisa e ne assicura il modo come deve effettuarsi; l'essenza invece della sanzione poggia su certe determinate leggi psichiche, suppone la cooperazione di certi moventi di ordine interno, per cui quando questi moventi non agiscono, come negli anormali, la sanzione perde ogni efficacia.

Tutto questo ci fa vedere chiaramente che il riconoscimento dello stato può agire e rendere effettiva la coazione quando essa è possibile, ma non può creare quella possibilità, può determinare una sanzione nei limiti in cui essa è applicabile e per quanto le condizioni psichiche (le condizioni della coscienza individuale e lo stato della coscienza collettiva) lo permettono, ma non può far sorgere queste condizioni allorchè esse non esistono. Se ciò lo stato non può fare, significa che esso non è la sola causa, il solo fattore della coazione; e se non è il solo fattore della coazione, non può essere il solo fattore del diritto, dato che la coazione sia uno dei suoi caratteri distintivi. Esso, determinando in modo preciso la coazione, può dare al diritto un grado di positività, che altrimenti non avrebbe, ma determinare nel diritto un grado di positività, non significa addirittura far nascere il diritto.

§ 31. — Ma la mancanza di un debito apprezzamento dell'elemento psichico, ha generato ancora altri malintesi nel concetto della coazione, per cui alcuni hanno potuto negare essere la coazione una caratteristica distintiva del diritto e altri ha potuto disconoscere che lo stato possa infondere al diritto forza coattiva.

Così, alcuni, intendendo la coazione in un senso puramente meccanico e materialistico, hanno detto che i mezzi onde può disporre lo stato a servizio del diritto, non valgono sempre a ren-

dere il diritto effettivamente obbligatorio. Così, ad esempio, non si può costringere un cantante a cantare, una ballerina a ballare, in conformità di un obbligo assunto per mezzo della scrittura teatrale, nè si può costringere con la forza fisica uno scrittore a comporre un libro in conformità del contratto stipulato con l'editore. Ma da ciò non si può conchiudere che la coazione non sia possibile in questi casi, poichè essa non implica sempre l'uso di una forza fisica per costringere materialmente ad osservare la norma, ma implica sopra tutto l'appello a forze psichiche, prodotto sia pure con l'uso di mezzi materiali, che lo stato ha a disposizione. Lo stato, ad esempio, determina in certi casi, un semplice corrispettivo, sotto forma d'indennità, alla parte lesa dalla violazione del patto, in compenso del vantaggio che essa perde a causa di quella violazione; in altri casi, commina inoltre, una pena contro il violatore della norma; ma nell'una e nell'altra categoria di casi, esso fa appello a certi sentimenti, suppone l'azione di certe forze psichiche, suppone l'influenza che la società esercita in diverse maniere sull'individuo, altrimenti la sua sanzione non avrebbe valore e non potrebbe produrre l'effetto desiderato.

Così, negli esempi citati, lo stato, pur non potendo costringere un artista a cantare, stabilisce una indennità per il danno che arreca, rifiutandosi alla sua prestazione. E questa indennità, oltre che un valore per sè stessa, cioè quale mezzo per ristabilire l'eguaglianza giuridica del rapporto turbato dalla violazione, ha anche efficacia per l'azione che esercita sull'animo di chi deve pagarla per indurlo a mantenere la promessa. Si suppone cioè che nella media dei casi essa possa indurre l'artista a mantenere la promessa, poichè è certo che nella gran maggioranza dei casi l'impresario non stipula per ottenere l'indennità, ma stipula per ottenere la prestazione. Questa costituisce il vero scopo, l'indennità non è che un mezzo, il quale agisce solo in proporzione della sua efficacia, cioè in proporzione dell'influenza che esercita sull'animo di chi deve agire.

Ma, non è tutto. L'efficacia della sanzione non riposa tutta sulla paura del danno economico che può produrre l'indennizzo;

vi sono insieme a questa altre influenze, le quali possono acquistare un'efficacia immensamente maggiore. Se l'impresario infatti dovesse fare assegnamento sulla efficacia soltanto dell'indennità, potrebbe star sicuro che i contratti di questo genere verrebbero assai spesso violati a suo danno; e ciò, non solo perchè l'indennità in certi casi rappresenta un danno minimo in vista di considerevoli vantaggi (in caso, ad esempio, di offerte maggiori provenienti da altri, ecc.), ma perchè spesso le condizioni finanziarie dell'artista rendono impossibile il pagamento dell'indennità o lasciano senza efficacia le clausole del contratto e le disposizioni della legge in proposito. Occorre allora che, accanto alla paura dell'indennità, agiscano sulla coscienza altre leve, le quali, non sono determinate dallo stato, ma dalle leggi della coscienza stessa e dalle condizioni dell'aggregato, quindi dalla sanzione naturale che porta con sè l'istesso rapporto. L'artista infatti può essere indotto a osservare il patto dai suoi sentimenti morali, dal sentimento della sua dignità, dalla paura dei giudizi del pubblico, dal bisogno di mantenersi un certo credito, il quale valga poi a far loro stipulare altri contratti del medesimo genere, e così via discorrendo. Gli è perciò che nei casi estremi, di fronte ad artisti di fama mondiale o ad artisti da strapazzo l'impresario non si trova a sufficienza garantito, perchè presso tali categorie di persone tali molle non agiscono, o non agiscono con forza capace di paralizzare sentimenti ed interessi egoistici svolgentisi in opposte direzioni. L'artista di fama mondiale, oltre ad avere la possibilità di fornire l'indennizzo senza grave danno economico e alle volte ricevendo anche un corrispettivo maggiore, è in grado di affrontare impunemente i giudizi del pubblico; l'artista da strapazzo, oltre a non potere essere molestato economicamente, appunto per mancanza di mezzi, non può neppure venir danneggiato dalla critica del pubblico, sia perchè il pubblico raramente o scarsamente si occupa di lui, sia perchè egli non ha una fama e un credito da difendere.

L'istesso va ripetuto per l'altra categoria di diritti l'osservanza dei quali è garantita dalla pena. La pena ottiene tutta

la sua efficacia dalla influenza che può esercitare sulla coscienza, dalle forze psichiche, dai moventi d'ordine interno che può fare agire a suo vantaggio; più essa riesce a mettere in moto questi moventi e a farli agire con forza, e più ottiene il suo intento; mentre consegue l'effetto opposto allorchè non è in grado di mettere in moto quelle forze. Così, vediamo che le punizioni corporali hanno una maggiore efficacia negli animi rozzi, nelle coscienze poco sviluppate e quindi chiuse ai processi elevati d'idee e di sentimenti, perchè la rappresentazione del dolore fisico e delle fisiche sofferenze raggiunge in queste persone una maggiore vivezza in rapporto alle rappresentazioni delle sofferenze morali, le quali rimangono più o meno nella mente in uno stadio embrionale o in una condizione d'imperfetto e incompleto sviluppo. Invece la semplice privazione della libertà non ha sulle coscienze rozze il medesimo grado di efficacia, perchè appunto essa suppone ordini di rappresentazioni più complesse e suppone quindi un vivo sentimento della libertà. Le persone la cui attività intellettuale è stata tutta assorbita dalle lotte per il quotidiano sostentamento e sono quasi abbrutite dalla preoccupazione costante dei bisogni materiali più impellenti, non posseggono un sentimento assai vivo della libertà; e perciò le pene che implicano una temporanea restrizione di questa non costituiscono per esse una sufficiente coazione, massime poi quando, col miglioramento delle prigioni e del trattamento dei carcerati, il minimo di sofferenza morale prodotto dalla privazione della libertà viene per essi largamente compensato da materiali vantaggi. Quante persone degli ultimi strati sociali, non riguardano la carcerazione, specialmente se breve, come una specie di villeggiatura, ove godono gratuitamente un vitto e un alloggio abbastanza buoni, certo migliori di quelli di cui possono godere allo stato di libertà? Ciò è tanto vero, che alcuni infatti procurano di farsi arrestare, preferendo la vita per essi relativamente comoda della prigione col pane e il letto assicurato, alla vita libera con i suoi incomodi e le sue incertezze.

Tutto l'opposto accade presso le persone delle classi più elevate, nelle quali il sentimento della libertà è molto vivo e

processi rappresentativi assai più sviluppati, quindi più ricchi e più complessi, fanno apparire la libertà come un dono così inestimabile e così prezioso, che per il conseguimento di essa nessun sacrificio apparisce abbastanza grande, lasciando poi stare che la libertà acquista per essi maggior valore, sia per il raggiungimento dei fini utili, sia semplicemente per il raggiungimento del piacere. Onde diventa assai grave il problema di proporzionare la pena al grado di sviluppo delle coscienze, per modo che essa rappresenti il medesimo grado di sanzione per tutte le classi sociali e per tutti i tipi psichici: problema certo insolubile se si parte dal principio dell'uniforme trattamento e se si pretende di applicare per tutti e nel modo medesimo certi sistemi unici e semplici, senza tenere alcun conto delle peculiarità individuali e sociali.

Ma, accanto alla pena determinata dalla legge vi è anche qui tutto un sistema complementare di sanzioni e di coazioni, che esercitano in media una influenza maggiore e riescono di una efficacia più grande. E anche qui esso risiede nei sentimenti e nei processi rappresentativi che si determinano nella coscienza dell'individuo in rapporto con le condizioni dell'ambiente e sono il risultato delle azioni e reazioni fra l'individuo e la società. I sentimenti di moralità, i sentimenti di rispetto, di simpatia in senso ristretto, di socievolezza, anche i sentimenti egoistici, e i processi rappresentativi corrispondenti a tutte queste categorie di sentimenti, le abitudini contratte con l'opera di ripetizioni infinite nella vita dell'individuo e a traverso le generazioni, quindi la pressione che esercita la società, sia in modo diretto, con le opinioni e i sentimenti prevalenti, sia in modo indiretto, apparecchiando le condizioni che promuovono o impediscono, rendono facili o difficili, possibili o impossibili, utili o dannose, certe estrinsecazioni dell'attività; ecco quanti moventi possono contribuire a rinforzare le sanzioni penali dello stato (o anche a renderle inutili, o a togliere ad esse ogni efficacia). Di modo che la pena non può essere considerata per sè stessa, ma deve sempre considerarsi in rapporto con questo sistema complementare, a cui attinge una gran parte della sua

efficacia o dal quale questa efficacia può essere anche interamente distrutta. Ad esempio, per una persona che ha un sentire alquanto elevato ed è suscettibile di sentimenti di pudore, di dignità, di onore ecc. anche la minaccia di una pena lievissima può produrre effetti considerevoli. La sola idea di dover comparire in presenza del giudice e di vedere il suo nome abbandonato ai commenti severi o maligni del pubblico, produce sulla sua coscienza una forza psichica ben più grande di quella che una pena gravissima può destare nella coscienza di colui, che di tali sentimenti non è suscettibile, o lo è soltanto in piccolissime proporzioni.

§ 32. — Abbiamo così tutto un sistema complementare di sanzioni, che non viene stabilito dallo stato, ma di cui esso deve tenere il massimo conto, poichè da esso prendono principalmente efficacia le sue sanzioni. E lo stato infatti vi ricorre e fa ad esso appello esplicitamente, quando statuisce delle norme senza una corrispondente sanzione, o con una sanzione insufficiente, implicitamente quando statuisce le sanzioni proporzionate. Nel primo caso esso ha bisogno del sistema complementare perchè gli fornisca la sanzione che esso non è capace di determinare; nel secondo caso ne ha bisogno per determinare la proporzione

Da ciò deriva che questo sistema non ha il medesimo grado d'importanza secondo che varia la natura del rapporto giuridico. Esso non ha la medesima importanza nel campo del diritto pubblico e in quello del diritto privato, nel diritto interno e nel diritto esterno, non perchè non operi effetti notevoli in tutti i rami del diritto, ma perchè è certamente diverso il modo come opera e la parte che ad esso rimane di fronte alla coazione esercitata dallo stato.

Si può dire in genere che l'importanza di esso cresce a misura che si accentua l'impotenza dell'altro sistema; e questo oltre che per opera di cause accidentali (come quando il diritto positivo non è in armonia con i bisogni) avviene per opera di cause permanenti, connesse con l'indole stessa del rapporto giuridico. Nei rapporti del diritto privato l'importanza del si-

stema complementare è minore, perchè appunto maggiore è la efficacia che può ivi acquistare la coazione dello stato. Quivi infatti si tratta di rapporti relativamente semplici, di cui può essere più facilmente preveduto il modo di costituzione e di svolgimento e rispetto ai quali è quindi più facile determinare le violazioni e proporzionare ad esse le sanzioni appropriate. Di fronte ad essi inoltre si dispiega l'azione di due poteri o addirittura dei tre poteri dello stato, cioè lo stato può intervenire con gli organi legislativi che formulano la sanzione, con gli organi giudiziari che la applicano e anche con gli organi governativi che la fanno valere. E ciò che sfugge al legislatore, può, fino a un certo punto, essere sostituito dal giudice e qualche volta anche dagli organi di governo. La coazione per tal modo, acquistando aspetti molteplici, può avvolgere, diciamo così, il rapporto da varie parti e colpire il maggior numero delle sue manifestazioni.

Nei rapporti di diritto pubblico l'importanza del sistema complementare è maggiore e diventa anche massima in alcuni rami di esso, in quanto la coazione dello stato ha quivi una efficacia minore e in certi casi non si può neppure far valere nei modi ordinari. Si tratta in questo campo di rapporti molto complessi e in pari tempo molto elastici, che non possono venir sempre determinati e precisati dalla legge per proporzionare ad essi un'adeguata sanzione e rispetto ai quali non è sempre facile rinvenire una vera sanzione giuridica. Le combinazioni, le esplicazioni cui tali rapporti danno luogo nella pratica, sono infinite, onde non è sempre possibile in essi tutto prevedere, non è possibile stabilire categorie fisse, rigide e sicure, con le loro correlative sanzioni. Il posto che ancora occupa la consuetudine in questo campo e le forme speciali che essa vi assume (1) è già per sè solo un indizio molto significante della cooperazione di elementi estranei all'azione diretta dello stato.

L'influenza del sistema complementare apparisce anche

(1) Vedi i miei *Principii di diritto costituzionale*. Milano, 1898, p. 40.

dal modo come di fronte a tali rapporti si comportano e possono comportarsi i tre poteri dello stato; che contrariamente a quello che accade per il diritto privato, non sempre possono coordinare i loro sforzi all'intento di rendere obbligatoria la norma. Per una quantità grandissima di rapporti che si svolgono in questo campo (diritto costituzionale, diritto internazionale pubblico, diritto amministrativo in molte sue parti) non può agire il potere giudiziario perchè incompetente e per altri non può agire neppure il potere governativo senza straripare dalle sue attribuzioni; di modo che allora non rimane che l'azione del potere legislativo, il quale definisce la norma senza poter dare ad essa la corrispondente sanzione. Altre volte poi viene escluso anche l'intervento del potere legislativo e di qualsiasi potere costituito, tutto rimanendo abbandonato all'azione spontanea delle forze sociali, che in pari tempo determinano la costituzione della norma e provvedono alla sua appropriata sanzione.

L'importanza del sistema complementare apparisce in modo ancor più chiaro e diventa più rilevante nel campo del diritto internazionale, nel pubblico specialmente; quivi si può dire che la forza obbligatoria del diritto dipende quasi interamente da esso; e non solo la forza obbligatoria, ma si può anche dire, una parte del diritto stesso. E infatti per quanto si dica e si ragioni, non si potrà mai giungere a dimostrare che in questo diritto valga altro sistema di coazione che quello determinato appunto dal sistema complementare. L'azione della ripetizione, che opera specialmente, se non esclusivamente, per mezzo della consuetudine, i sentimenti morali di simpatia e di rispetto del diritto, la paura della pubblica opinione e, in ultima analisi, della guerra, sono tutti moventi che operano in questo campo e, fino a un certo punto, con sufficiente efficacia, a rendere obbligatorio il diritto, ma nessuno di essi è del medesimo genere di quelli che fa valere lo stato e può esser fatto valere con i modi, i mezzi e le condizioni, che adopera ciascuno stato nei suoi rapporti interni. Manca adunque tutto l'apparato dei mezzi che lo stato suole mettere in opera per far valere il diritto e

ciò non pertanto il diritto continua ad essere praticato non solo, ma tende a diventare una cosa sempre più effettiva, ed a sviluppare e ad estendere la sua azione a rapporti nuovi; ciò che dimostra di quale efficacia possa essere per sè sola l'azione del sistema complementare.

Varia poi anche il modo come opera, i moventi di cui si serve, nei vari rami del diritto. Così, nel campo del diritto privato esso principalmente opera per mezzo dei sentimenti egoistici e dei processi rappresentativi ad essi corrispondenti. Onde il diritto viene allora a preferenza obbedito in quanto dà una legittima soddisfazione a questi sentimenti, in quanto accontenta gl' interessi delle parti cui il diritto si riferisce e dalle quali il diritto deve essere obbedito. I moventi di ordine indiretto o di carattere più elevato vi esercitano un' influenza minore. E ciò si comprende quando si pensa che quivi il diritto si riferisce a preferenza all' interesse dei singoli e apparisce quale soddisfazione e garanzia di egoistici bisogni. Il commerciante, ad esempio, desidera di conservare il suo credito, di accrescere la sua clientela; il proprietario desidera il rispetto della sua proprietà; tutti desiderano che i patti vengano osservati e via discorrendo; perciò tutti questi desideri mettono spontaneamente capo al rispetto del diritto. Onde la legge che non è in armonia con questi interessi viene facilmente elusa e le frodi alla legge non trovano una sanzione efficace nella pubblica opinione: essa rimane indifferente quando non si schiera addirittura a loro favore. Nei paesi, ad esempio, dove prevalgono quei sentimenti e quegl' interessi egoistici che in altri tempi servivano di base alla costituzione dei majorascati e ai diritti di primogenitura, la legge viene facilmente elusa in modo da favorire l'accentramento della proprietà e della vita di famiglia nel primogenito o nel figlio destinato a sostituirlo. Il sistema complementare prende il sopravvento su quello determinato dallo stato.

Nel diritto pubblico in genere, all'azione dei moventi egoistici si aggiunge quella dei moventi ego-altruistici ed altruistici, con i processi rappresentativi corrispondenti; onde quivi dispiegano tutta la loro forza l'azione della pubblica opinione, la

considerazione degl'interessi pubblici, lo spirito di partito, il sentimento di nazionalità, i sentimenti patriottici e anche i sentimenti morali di ordine più elevato. Per cui, anche qui, il diritto sancito dalla legge deve mantenersi in armonia con questi impulsi, con i moventi di questo genere, e viene facilmente eluso o falsato quando non si trova d'accordo con essi. Ad esempio, quando il diritto suppone che debbano agire rispetto a certi dati rapporti impulsi di ordine superiore; mentre il difetto di educazione politica, la prevalenza di sentimenti egoistici, la mancanza di una coscienza pubblica sviluppata, non permettono a quegl' impulsi di sorgere e di agire; o viceversa, quando la legge trascura certe categorie d'interessi o non li tiene nel conto in cui devono essere tenuti per rispetto alla loro relativa importanza, e avviene che questi si facciano valere a dispetto della legge o contro la legge. Come esempio tipico di ciò che può valere la coazione dello stato in questa categoria di rapporti quando non è appoggiata dal sistema complementare, si può citare il modo come operano le leggi elettorali nei paesi in cui l'educazione politica non è ancora elevata e non si è costituita una coscienza pubblica atta a far fronte agl' impulsi egoistici di ogni genere che si scatenano in tali occasioni. La rappresentanza si costituisce, si svolge e funziona in modo del tutto diverso da quello che la legge vorrebbe e la corruzione elettorale dilaga ed inquina la vita pubblica malgrado tutte le disposizioni legislative che si succedono a breve distanza di tempo. Il loro numero e la loro frequenza non valgono ad attestare altra cosa che l'impotenza della coazione dello stato, quando essa non viene coadiuvata dal sistema complementare.

I moventi con cui opera questo sistema variano anche nei diversi stadi dello sviluppo del diritto. In uno stadio primitivo il diritto viene obbedito per la paura di un male grande straordinario, quale il castigo della divinità o la punizione inflitta da tutta la comunanza cui il colpevole appartiene, punizione anche questa assai grave date le condizioni e l'organizzazione di quelle convivenze. Le menti rozze infatti non sono accessibili che a moventi assai forti, aventi carattere materiale, atti ad operare

più sulla fantasia e sui sentimenti anzi che sulla ragione, massime quando, come in questo caso, si tratta di operare contro tendenze vive e tenaci che agiscono in senso contrario, quali appunto sono gl'istinti anti-sociali dell'uomo primitivo. In questo stadio anzi della evoluzione del diritto i due sistemi di coazione, quello cioè dello stato e quello complementare, non sono ancora divisi, ma presentano uno stato embrionale in cui sono confusi, anzi fusi in un sistema solo. Questa fusione, che è conseguenza del grado d'incompleta formazione e specificazione del diritto e dello stato, se è indizio di poco elevato sviluppo, è d'altra parte, circostanza assai benefica e si può dire anche favorita dallo stesso bisogno della conservazione sociale, poichè permette ai due sistemi, non solo di agire perfettamente di conserva, ma di venire rinforzandosi ciascuno con la cooperazione dell'altro. Per cui, ad esempio, i castighi che infligge il capo acquistano una forza considerevole sulla condotta degli uomini quando possono in pari tempo apparire, anzi che come effetto della volontà e del capriccio umano, una conseguenza del volere divino e quando l'opinione di tutto un gruppo è d'accordo nel vedere il colpevole come un uomo abbandonato dalla divinità. Tale confusione agevola inoltre la formazione di quel meccanismo semiautomatico di coordinazione di atti, cui danno origine le secolari e costanti ripetizioni e da cui scaturisce la consuetudine quale unica o precipua sorgente del diritto in quel dato periodo.

Ma, a misura che le società si sviluppano e le coscienze diventano accessibili a processi di ordine più complesso, mentre da una parte si determina (col sorgere e con lo specificarsi delle funzioni dello stato) la distinzione tra i due sistemi coattivi; d'altra parte i moventi che operano a rendere obbligatorio il diritto diventano gradatamente meno egoistici, e acquistano un carattere più obbiettivo, più spirituale ed elevato; onde si comincia a rispettare il diritto per il rispetto che si porta alla persona da cui proviene, poi per rispetto all'autorità che essa esercita, poi per l'ossequio verso lo stato in genere. In seguito il rispetto si collega con la natura stessa della norma, che viene

obbedita, prima, per l'utilità che essa presenta nel caso singolo, poi per la sua utilità in genere; fino a che si arriva a uno stadio molto evoluto della coscienza, quando la norma viene obbedita per motivi intrinseci, per il suo valore etico e in forza del dovere etico di obbedienza alla legge. Allora si dice che si è costituita la *fibra legale*, cioè a dire un adattamento completo tra la coscienza e le condizioni della convivenza, per cui gl'individui spontaneamente guidano la loro condotta in armonia con le esigenze di questa, ed obbediscono alla norma giuridica senza por mente alle sue sanzioni e neanco agli appelli indiretti o impliciti che essa fa al sistema complementare di coazione. Abbiamo così tutta una evoluzione nei motivi che operano a rendere obbligatoria la norma, per cui dal carattere rozzo, materiale e diremmo, palpabile, che hanno da principio, passano gradatamente ad assumere un carattere spirituale e ideale; da un carattere particolare e ristretto, passano a un carattere generale e comprensivo, da un carattere egoistico e strettamente utilitario, passano a un carattere altruistico, acquistando un valore etico sempre più spiccato. Tutto ciò procede corrispondentemente all'evoluzione che si produce nella coscienza; l'evoluzione del sistema complementare anzi non è che una conseguenza dell'evoluzione di essa. Questa si può osservare, non solo nella vita dei popoli e dell'umanità in genere, ma anche nella vita dell'individuo. Infatti è stato notato che il fanciullo obbedisce alla norma che gli viene imposta per la paura del castigo, cioè di un male materiale minacciatogli da determinate persone o per il rispetto che quelle persone gl'ispirano misto anch'esso al timore di una forza molto superiore alla propria; e solo in età più inoltrata si lascia poi influenzare da considerazioni di carattere più spirituale e meno egoistico, e finalmente poi obbedisce a moventi di ordine più elevato e opera moralmente per il rispetto che sente in genere verso la legge morale e per il sentimento dell'obbligo morale divenuto mano mano per lui come una seconda natura.

Anche nei diversi strati che esistono in seno di una medesima società, quel sistema si esplica in modo diverso, poichè

nel basso popolo il diritto non si concepisce come scompagnato dall' idea del gendarme, del giudice e dell' usciere; mentre nelle classi più elevate il diritto viene obbedito spontaneamente, senza che neppure si badi ai meccanismi delle sanzioni e all'opera delle autorità incaricate di farle valere. Di modo che, dall' importanza che acquista e dal carattere che assume il sistema complementare di coazione nella condotta degl' individui e dei gruppi associati si può misurare lo stadio di sviluppo e d' incivilimento raggiunto dalle convivenze come dalle singole persone.

§ 33. — Ma, rispetto alla coazione vi è un' altra questione molto importante, che non può essere debitamente risoluta senza un giusto apprezzamento degli elementi psicologici; vi è cioè la questione di sapere se la coazione è o può essere effettivamente obbligatoria da parte dello stato, poichè se essa non è e non può essere obbligatoria, non si può allora più ritenere che sia una caratteristica essenziale del diritto. Non ammettendo quest' obbligo positivo, si viene implicitamente ad ammettere che l'osservanza del diritto sia interamente rimessa all'arbitrio dello stato, il quale potrà allora richiederla o non richiederla, a piacimento, o potrà, in ultima analisi, sostituire alla norma del diritto, l'arbitrio del momento.

Ora, una tale questione non può essere risoluta con i soli criterii formali che ci fornisce il realismo giuridico. E infatti, considerando solo dal punto di vista formale il diritto e la coazione, noi non possiamo venire ad altra conclusione che a questa, essere la coazione pienamente in balia dell'arbitrio dello stato. Stando infatti ai criterii formali, chi è che può obbligare lo stato a far valere la coazione? Esso è organismo sovrano, non suppone al di sopra altra organizzazione, chè se altra ne esistesse, lo stato non sarebbe più vero stato sovrano, e quella ne occuperebbe il posto. Di fronte allo stato non esiste perciò l'obbligo formale di far valere la coazione, poichè la coazione, data la teorica che combattiamo, sorge nello stato e per opera dello stato e non fuori di esso e contro di esso, e se sorge nello stato, nessuna forza, nessuna autorità estranea può ad esso imporla. Ciò è evidente. Ma se sorge nello stato e per opera dello stato sol-

tanto, la coazione non può più costituire una sicura e necessaria garanzia del diritto. Anche questo è evidente.

Io, in tanto posso essere sicuro del mio diritto, in quanto posso eventualmente invocare dallo stato le sanzioni statuite da esso per farlo valere ed essere sicuro che lo stato le applichi tutte le volte che il mio diritto ha bisogno di essere tutelato; se invece io non posso essere certo che lo stato in tutti i casi in cui ad esso legittimamente ricorro farà valere le sue sanzioni, io non sono più sicuro del mio diritto e non posso più dire che il mio diritto mi venga garantito dallo stato tutte le volte che ad esso ricorro e ho bisogno della sua coazione. Perchè adunque il mio diritto venisse garantito in modo certo, occorrerebbe l'obbligo da parte dello stato di far valere sempre le sue sanzioni; e dal punto di vista della teoria che critichiamo, quest'obbligo appunto non può essere dimostrato, perchè manca ad esso ogni e qualunque fondamento.

Si potrebbe rispondere a questa critica che l'obbligo della coazione va considerato, non di fronte allo stato in genere, sibbene di fronte in ispecie ai suoi singoli poteri; ma se dallo stato in genere si passa a considerare quest'obbligo rispetto ai poteri singoli per mezzo dei quali l'azione dello stato si esplica, non si fa che mettere in più aperta evidenza il difetto che critichiamo. Ciascuno dei singoli organi infatti per mezzo dei quali lo stato esercita la tutela del diritto adempie la sua specifica funzione solo in quanto vi è obbligato e non solo in quanto vi è obbligato moralmente, ma anche e sopra tutto, in quanto vi è obbligato giuridicamente. La certezza adunque che ciascun organo tuteli il diritto dipende dal suo grado di obbligatorietà o in altri termini, dal suo grado di obbedienza a un organo superiore e dai mezzi coattivi di cui questo dispone per farsi obbedire. Più questo obbligo è determinato e preciso, più l'organo si vede costretto a tutelare il diritto e più vi ha luogo di ritenere che il diritto verrà tutelato. Ma l'obbligo è tanto più determinato e sicuro quanto più è sicura l'obbedienza dell'organo. Insomma la garanzia suppone l'obbligo e l'obbligo suppone l'obbedienza, ma l'obbedienza suppone alla sua volta il comando e la coazione,

suppone cioè un organo capace d'imporsi e messo in condizioni di farsi obbedire (1). In tal modo di organo in organo si arriva a un organo supremo, il quale non può essere giuridicamente obbligato, perchè non può essere costretto ad obbedire, non avendo al di sopra altro organo, che ad esso s'imponga con mezzi coattivi. La catena si rompe a un certo punto e il punto in cui si rompe segna il momento in cui cessa l'obbligatorietà del diritto (2).

Prendiamo ad esempio gli organi esecutivi. Il gendarme farà eseguire la legge in quanto si sente obbligato dai comandi del suo superiore diretto e in quanto tali comandi sono appoggiati da corrispondenti ed efficaci sanzioni, e il superiore impone i suoi comandi ai propri dipendenti in quanto si sente alla sua volta obbligato dal proprio superiore; e così dalle autorità locali si passa mano mano alle autorità centrali e da queste si sale poi fino al ministro. Arrivati al ministro già troviamo che la forza dell'obbligo, considerata alla sola stregua della coazione dello stato, deve apparire molto indebolita, poichè di fronte al ministro la sanzione non può farsi valere in modo così diretto e così sicuro come dal ministro può farsi valere di fronte alle autorità a lui subordinate. Ma dal ministro si può ancora salire al capo dello stato, massime nei governi non parlamentari. Qui pertanto converrà arrestarsi, poichè ci troviamo allora di fronte a un organo irresponsabile giuridicamente parlando, a un organo che non ha altri a sè superiori e contro il quale, con i modi ordinari, non si può far valere alcuna diretta sanzione giuridica. Arrivati cioè a questo punto bisogna pur dire che il meccanismo della coazione cessi di agire, poichè quivi esso può bensì muoversi spontaneamente, ma non può più essere costretto a muoversi in quel dato modo. In altri termini, la legge è esecutiva solo in quanto lo vuole il capo dello stato,

---

(1) Lasson, op. cit., pag. 386.

(2) Thon. — *Rechtsnorm und subjectives Recht.* Weimar, 1878, pagine 7 e seguenti.

ma nessun altro organo, nessun' altra persona può indurlo giuridicamente a volerlo. Certo, possono agire sul capo dello stato mezzi straordinari, come una rivolta, una guerra, ecc., ma tali mezzi escono dai limiti ordinari del diritto formale e non si possono più paragonare con le sanzioni che operano e devono operare nelle condizioni normali del diritto.

Alle stesse conclusioni si arriva quando si considera il funzionamento del potere giudiziario, sia se si guarda agli organi destinati a metterlo in moto con l'esercizio dell'azione pubblica, sia se si guarda agli organi incaricati di giudicare e di applicare la legge. L'obbligo che ha l'accusatore pubblico d'iniziare l'azione penale in tanto esiste giuridicamente, in quanto vi è un superiore disposto a far valere contro di lui le sanzioni della legge nel caso tale obbligo non venga osservato; e il superiore in tanto è giuridicamente obbligato a punire il suo inferiore, in quanto ha al di sopra di lui un superiore obbligato nel modo medesimo, fino a tanto che si arriva anche qui ad un capo supremo, il quale non può essere più obbligato nel modo medesimo, perchè l'ordinaria sanzione non può più agire contro di lui. E parimenti, vi è sicura garanzia che l'amministrazione della giustizia si svolgerà secondo le leggi fino a quando si è certi che il giudice non sostituirà il suo arbitrio e la considerazione dei suoi particolari interessi alle norme obbiettive del diritto e fino a quando è possibile un rimedio contro gli arbitri e gli errori del magistrato. Ma questo rimedio esiste fino a che vi è la possibilità di passare da un giudice inferiore a un giudice superiore; quando si è arrivati a un giudice sommo, contro il quale non vi è più diritto di appello o di ricorso, tali rimedi non possono più agire, onde l'amministrazione della giustizia non offre più garanzia di sorta (1).

---

(1) Vedi Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1901, pagina 27. In nota egli osserva che « un intelligente usciere della Cassazione di Roma ebbe il sentimento della teoria, quando in un caso di irregolarità notata nel procedimento in Cassazione disse: *Ma chi cassa la Cassazione di Roma?* ».

Occorre poi inoltre notare che, a misura che si passa dalle autorità inferiori alle superiori, gli anelli della catena si vanno sempre più allargando e le garanzie s' indeboliscono, perchè diventa sempre più difficile di far valere la coazione da parte delle autorità superiori, e ciò, sia perchè si allarga la sfera di potere discrezionale che viene lasciata alle singole autorità, sia perchè l' influenza e la dignità che esse acquistano le sottraggono sempre più all'azione degli ordinari mezzi di coazione.

Basandosi su questi ragionamenti che, come si vede, non sono fondati su mere ipotesi, ma sulla realtà dei fatti e della vita, si può facilmente essere indotti a conchiudere che la coazione non è un elemento essenziale del diritto positivo, poichè, non tutti quelli che devono farla valere vi possono essere astretti, e che, per conseguenza, lo stato non offre, in ultima analisi, una sicura garanzia come tutore dell'ordine giuridico. A questa obbiezione non può rispondere chi si colloca da un punto di vista puramente formale. Rispondere, ad esempio, che nell'andamento ordinario e normale delle cose e dei rapporti le autorità fanno valere il diritto e questo fatto costituisce una sufficiente garanzia, non basta, poichè se il fatto si verifica ordinariamente ciò non significa che esso si *debba* per ciò stesso verificare. Occorre sempre un elemento di necessità perchè la norma generi veri e propri obblighi. Dire, ad esempio, che ordinariamente i patti vengono osservati non significa che essi *debbano* venire *sempre* osservati e finchè non apparisce una forza che costringa ad osservarli sempre, non si può dire che l' obbligo di osservarli sia un obbligo di diritto positivo o che almeno venga determinato da una coazione esteriore. In altri termini, per essere certi che la garanzia abbia un effettivo valore occorre ricercare ed esaminare le cause che la determinano; poichè se queste cause sono tali da *dovere* agire nella maggior parte dei casi e con sufficiente efficacia sulla volontà di chi opera e di chi deve farla valere, si può dire che la garanzia esiste, altrimenti bisogna ritenere il contrario. Ora, queste cause la dottrina formalista non può ricercare, nè può comprendere, poichè essa non va più in là del semplice riconoscimento dello stato, dal

quale, secondo essa, deve cominciare ogni diritto, ogni garanzia e ogni sanzione. La natura del diritto è determinata dal riconoscimento dello stato, ad esso deve mettere necessariamente capo ogni affermazione di diritto e ogni garanzia per farlo valere, e l'una e l'altra cosa non possono esistere se non in quanto lo stato vuole e rispetto alle quali non può quindi essere obbligato.

Come si vede, con questa dottrina, non è semplicemente la coazione quale elemento costitutivo del diritto, ma è la necessità stessa del diritto che si viene a negare, però che rimette, in ultima analisi, all'arbitrio di pochi o di molti la facoltà di obbedire o non obbedire al diritto, di farlo o di non farlo osservare.

§ 34. — La questione che guardata così semplicemente dal lato formale non trova soluzione di sorta, si risolve facilmente quando si guarda invece al lato psicologico del diritto, ai moventi psichici che ne determinano l'osservanza, tanto da parte di coloro che debbono obbedire, che da parte di coloro che devono comandare e quindi quando si pensa a quel sistema complementare di coazione operante in armonia o anche in contrasto con la coazione dello stato. Questo sistema complementare infatti, non opera semplicemente a rinforzare i comandi dello stato, esso opera anche, quando è necessario, a rendere obbligatori quei comandi stessi nella coscienza di coloro che devono impartirli, a rendere cioè condizionati gl'imperativi supremi che l'organizzazione politico-giuridica è costretta a lasciare incondizionati, a rendere anzi obbligatoria la stessa organizzazione politica.

E così lo stato non sorge arbitrariamente per la volontà di uno o di pochi e non volge arbitrariamente la sua azione in un modo o in un altro. Esso è la conseguenza necessaria di un insieme di condizioni etniche e di condizioni sociali, è il prodotto di una precedente evoluzione storica, la quale ha condotto una convivenza a costituirsi in un modo o in un altro, a contrarre certe secolari abitudini, ad organizzare in un dato modo il suo governo, ad assumere una data subordinazione

gerarchica, sia nella composizione della società in genere, sia più propriamente nella sua composizione politica, ha fatto sorgere nelle coscienze certe idee e certi sentimenti del giusto, certi bisogni, certe aspirazioni, ha condotto queste a concretarsi mano mano in speciali istituti e in speciali forme di organizzazione, ha prodotto speciali forme di adattamento nella vita degl'individui e dei gruppi associati. Ora, se lo stato è un prodotto necessario di queste cause, non può la garanzia che esso offre al diritto essere un fatto puramente volontario e rimesso del tutto all'arbitrio dello stato, ma deve essere un fatto alla sua volta necessario. E infatti l'elemento necessario in questo caso esiste, soltanto che bisogna cercarlo fuori dell'apparato con cui lo stato fa valere il diritto, poichè deve essere ed è infatti superiore a tale apparato, anzi risiede nella stessa ragione di essere di questo. Lo stato possiede e mette in opera quel certo apparato per far valere il diritto in quanto esiste ed è costituito in un dato modo appunto in forza delle cause per cui è sorto e per il raggiungimento dei fini che furono ad esso imposti da quelle stesse cause.

La forza obbligatoria del diritto positivo risiede nello stato ma non è puramente rimessa al suo arbitrio, altrimenti la garanzia troverebbe un punto di arresto, ma è riposta nello stesso obbligo che ha lo stato di farla valere. Se nell'andamento ordinario delle cose e dei rapporti umani lo stato fa valere il diritto e le autorità per mezzo delle quali la sua azione si esplica, si adoperano a tutelarlo, ciò avviene, non perchè lo stato così vuole e così vogliono quelle autorità, ma perchè lo stato e i suoi organi *sono costretti a volere così*. Questo elemento di necessità che per tal modo s'impone allo stato come tutto, s'impone anche alle sue autorità, ai suoi organi superiori, e sempre per opera di quel sistema complementare, che attinge la sua autorità, non più nello stato, ma fuori di esso e conseguentemente ad esso s'impone. Così, quando si sale gradatamente dall'autorità inferiore all'autorità superiore, si arriva, è vero, a un'autorità somma, contro la quale non può più esser fatta valere l'ordinaria coazione giuridica (o almeno non può es-

ser fatta valere con la medesima intensità), ma questo non significa che essa si trovi perciò sciolta da ogni coazione, però che allora al sistema ordinario si sostituisce il sistema complementare atto ad imprimere una forza anche maggiore di quella che imprime l'ordinario sistema.

Possiamo anzi notare tutto un processo di correlativo sviluppo nell'azione rispettiva dei due sistemi, mano mano che dalle autorità inferiori si passa alle autorità superiori. Infatti il sistema di coazione messo in opera dallo stato può avere sulle autorità inferiori il massimo d'influenza, poichè esso agisce, tanto a rendere obbligatorio il diritto, quanto a rendere obbligatoria l'opera di coloro che devono farlo osservare. Le autorità inferiori sono sotto la diretta dipendenza, sotto la continua vigilanza delle autorità superiori, per guisa che ogni più leggera negligenza, ogni più piccola mancanza può essere anche severamente punita e in modo immediato. La sanzione può accompagnare o seguire assai da vicino la violazione, sia perchè questa può essere assai facilmente scoperta e precisata in tutti i suoi caratteri, sia perchè l'autorità superiore che l'infligge non è tenuta a molti riguardi verso la qualità dell'ufficio e della persona che lo copre. In pari tempo la sfera di libera attività e conseguentemente di responsabilità da parte delle autorità subalterne, è molto circoscritta, però che il còmpito di esse si riduce per lo più ad eseguire gli ordini che ricevono dalle autorità superiori e la propria iniziativa può esercitarsi assai raramente e per rispetto a fatti che non hanno una grande importanza e una grande portata.

In tali condizioni, come si può facilmente comprendere, l'influenza del sistema complementare non ha molto campo di dispiegarsi, e del resto, non occorre che si dispieghi in tutta la sua intensità. Certo, è sempre bene e può essere anche necessario che il funzionario pubblico adempia il suo dovere, non semplicemente per paura della legge e del superiore, ma anche per opera di moventi di altra natura, non potendo sempre l'azione della legge e quella del superiore arrivare da per tutto e tutto prevedere e precisare, e non essendo perciò sempre diffi-

cile di sfuggire alle prescrizioni della prima o alla vigilanza del secondo; ma, d'altra parte la mancanza di questi moventi non è sempre molto dannosa, o non costituisce almeno un inconveniente capace di rendere addirittura impossibile la coazione dello stato.

Ma, di mano in mano che dalle autorità inferiori si passa alle superiori e alle supreme, non solo si allarga il campo d'influenza del sistema complementare e diventa più intensa la sua azione, ma l'intervento di esso si rende a poco a poco più necessario. Più si va infatti verso le autorità superiori, più si trova che il grado di dipendenza tende a diventare meno diretta, la sorveglianza del superiore meno continua e meno minuziosa, sicchè la sfera di attività del funzionario acquista gradatamente più estensione, più libertà e più indipendenza. In tali condizioni, non solo le piccole negligenze e le infrazioni leggere, ma molte volte anche le negligenze gravi, le gravi infrazioni e i grandi abusi possono rimanere impuniti, o possono non ricevere sempre una sanzione immediata e proporzionale al danno che arrecano. La sanzione, in altri termini, non può seguire sempre assai da vicino la violazione, poichè a causa della crescente complessità dei rapporti, o non può essere sempre scoperta, o non può essere sempre dalla legge preveduta e determinata; e perchè inoltre l'autorità superiore è tenuta a più grandi riguardi, sia verso la persona, sia verso l'ufficio. Non vi ha dubbio che, con lo sviluppo dell'organismo politico e con un'applicazione sempre più rigorosa e più larga del concetto dello stato giuridico diventa possibile di sottoporre alla determinazione della legge e all'apprezzamento del giudice una quantità di rapporti che ora vi sfuggono, per cui l'arbitrio dei funzionari viene con ciò mano mano circoscritto; ma è anche chiaro che la legge non può cogliere tutti i rapporti del funzionario e che vi sarà sempre un elemento personale oscillante nelle relazioni fra superiore e inferiore, che sfugge alla legge tanto più facilmente, quanto più si esclude la sfera di azione di quest'ultimo e si è costretti, dalla natura stessa dell'ufficio, ad affidare una parte sempre più grande della sua attività alla sua

propria discrezione; lasciando poi stare che anche le stesse considerazioni possono venire applicate alle funzioni dei giudici. Col salire nella scala gerarchica e col crescere dell'importanza della funzione, si accresce la responsabilità e l'autonomia del funzionario; due fatti questi che procedono sempre di conserva, poichè non si può avere piena responsabilità se non quando si ha piena libertà e indipendenza di azione. Ma l'indipendenza di azione viene d'altra parte a restringere la portata della legge e l'influenza della superiore autorità.

Appunto in questi casi, a riempire le lacune e le imperfezioni della legge, a supplire alla diminuita influenza dell'autorità superiore, entra in campo il sistema complementare, la cui influenza gradatamente si accresce col passare dalle autorità inferiori alle autorità superiori. Così vediamo che col crescere della responsabilità dell'ufficio, si sviluppa ed acquista un grado elevato d'intensità il sentimento, la coscienza della responsabilità propria nella persona che l'esercita; e alla paura della legge e del superiore mano mano si sostituisce la paura dell'opinione pubblica, la paura delle conseguenze, non solo prossime, ma anche remote di una o di un'altra maniera d'agire, lo spirito dell'ufficio, le abitudini contratte, il sentimento di onore e di dignità e infine anche il sentimento del proprio dovere. Questi moventi acquistano un'influenza sempre più decisiva fino a che raggiungono un grado massimo d'intensità quando si arriva alle autorità supreme. Si può notare, ad esempio, circa l'influenza dell'opinione pubblica, che essa esercita una pressione sempre più forte a misura che i funzionari, per il genere della funzione che esercitano, sono più esposti ai giudizi del pubblico e di un pubblico più esteso e intelligente. Questo accade infatti a misura che si sale nella scala gerarchica, poichè l'azione del piccolo funzionario locale non può interessare che un pubblico assai ristretto, mentre essa viene ad abbracciare un numero a poco a poco più esteso d'interessi e un pubblico gradatamente più numeroso a misura che più alta è la posizione del funzionario, fino a che si arriva ai funzionari supremi la cui condotta interessa tutto lo stato e anche i rapporti di

più stati e rimane perciò sottoposta al sindacato imponente dell'opinione di tutta una convivenza o di un complesso di convivenze.

Non è chi non conosca come nei moderni paesi civili i capi degli stati e gli organi del governo si mostrino timorosi dei giudizi del pubblico specialmente quali si esplicano con l'intermediario della stampa, e come siano premurosi ad accontentare, non solo le aspirazioni legittime, ma anche i pregiudizi nazionali e perfino le passioni e le aberrazioni del momento. Ed è stato già osservato più volte, specialmente rispetto ai monarchi dispotici del secolo XVIII, come sia grande la pressione dell'opinione pubblica anche per quei governi che pure non hanno bisogno del concorso del pubblico per il reggimento della pubblica cosa. Questo fatto basta da solo a dimostrare in qual modo cresca l' influenza del sistema complementare a misura che diminuisce l' influenza dell'altro sistema.

Il diritto stesso col genere delle sanzioni cui allora ricorre, vuole a preferenza appoggiarsi su di esso in tali casi. E perciò vediamo che allora le sue sanzioni si attenuano, diventano più sottili; perchè il loro valore proprio, la loro propria forza diminuisce quanto più attingono valore e forza ad elementi che sono, a così dire, al di fuori delle sanzioni ordinarie del diritto. Se, ad esempio, liberiamo da ogni influenza di questo sistema il principio della responsabilità ministeriale vedremo tosto quale efficacia rimanga ai mezzi e alle sanzioni destinate a farla valere e a renderla una cosa effettiva. Nei governi parlamentari tutta la sanzione ordinariamente si riduce a un voto di fiducia da parte di un' assemblea politica; lo stato di accusa o qualche altro mezzo escogitato per rendere questa responsabilità effettiva, o si adoperano raramente, o sono caduti del tutto in disuso, o non raggiungono l'effetto desiderato. Ma il voto politico di quale efficacia potrebbe essere qualora non avesse a produrre altro effetto (e neppur sempre) che l'allontanamento momentaneo dal potere di alcune personalità politiche? Ciò non pertanto quella responsabilità può diventare effettiva malgrado la tenue sanzione, quando questa sanzione

riesce a stimolare e a far entrare in azione una quantità di moventi del sistema complementare o quando apparisce semplicemente quale un effetto di esso. Quando cioè il voto politico viene a coincidere con un'opinione pubblica illuminata ed apparisce come l'espressione vera della volontà del paese, quando i partiti politici hanno un alto sentimento della propria causa e della propria missione, quando l'educazione politica in un paese è molto sviluppata ed esiste una coscienza pubblica atta a far sentire e comprendere le conseguenze di un dato modo di agire, tanto ai governanti, che ai governati, e così via discorrendo.

Parimenti, una legge può ben determinare i modi e i mezzi formali per derimere i conflitti che possono sorgere fra i vari corpi politici, ma se in quei corpi non esistono certe date molle che la legge non può, da sola, mettere in moto, le prescrizioni della legge rimangono lettera morta, e i conflitti si acuiscono fino alla lotta aperta, ai colpi di stato o alla rivoluzione.

Il sistema complementare viene adunque a rinforzo del tenue sistema coattivo dello stato o si sostituisce interamente ad esso, quando esso non può agire neppure in forma sottilizzata. E ciò avviene ordinariamente quando un popolo possiede attitudini politiche e sopra tutto quando la forma di reggimento è adatta alle sue condizioni e alle sue esigenze; chè quando quella forma invece non è adatta al popolo e questo non possiede le attitudini necessarie per farla rettamente funzionare o altre cause concorrono ad impedire che essa armonizzi con le esigenze dello stato, allora il sistema complementare cessa di funzionare o non funziona più come dovrebbe, onde viene a prodursi nell'ordinamento giuridico quello stato di cose che fa pensare al diritto senza coazione e alla possibilità di scindere l'uno dall'altra. Si pensi ad alcuni fenomeni caratteristici del parlamentarismo, alle assemblee politiche le quali non adempiono debitamente le loro funzioni, agli abusi cui conduce il degenerato sistema del governo di Gabinetto, alle pressioni del l'esecutivo sulla magistratura quando questa non è sufficientemente garantita contro gli abusi di esso, e via discorrendo, e

si vedrà che possono verificarsi dei casi in cui il diritto rimane del tutto sprovvisto da ogni genere di coazione. Ma questi casi e queste eccezioni sono appunto del genere di quelle che confermano la regola, poichè esse stanno a dimostrare che solo in un sistema degenerato di ordinamento giuridico si può avere un diritto senza coazione; e allora non è soltanto la certezza della coazione che vien meno, è anche la certezza del diritto: il diritto cessa di essere coattivo perchè si corrompe, perchè perde quelle qualità caratteristiche, onde si differenzia dalle altre categorie di norme.

§ 35. — Ma vi sono ancora altri punti, intorno ai quali occorre qualche ulteriore schiarimento, che valga a mettere più chiaramente in rilievo l'unilateralità del realismo giuridico e il suo difettoso apprezzamento delle basi psicologiche del diritto.

Come sappiamo, questa dottrina accorda un valore eccessivo alla volontà dello stato nella formazione del diritto; anzi fa addirittura del diritto un prodotto di quella volontà. Ora, come nella psicologia della coscienza individuale, così nella psicologia della coscienza collettiva, i processi del volere non hanno un valore per sè stante, non hanno un' esistenza autonoma, però che il loro valore e la loro esistenza vanno considerati rispetto al valore e al carattere degli altri processi psichici e anche rispetto al mondo obbiettivo, in armonia col quale devono svolgersi.

E innanzi tutto la volontà, per quanto possa determinare la condotta, non può determinare le leggi della condotta, poichè le leggi della condotta sono determinate da cause indipendenti dalla volontà dei singoli, quantunque possano agire sulle volontà dei singoli e indurla a muoversi in uno o in un altro senso. E non solo la singola volontà, ma neanco la volontà collettiva può creare le leggi della condotta, poichè come la volontà singola non può infondere carattere vero e proprio di legge a tutto ciò che essa vuole e comanda, così lo stato non può infondere vero e proprio carattere di legge della condotta a tutte le sue ingiunzioni.

Si potrebbe dire che la volontà dello stato, quantunque non

crei quelle leggi per opera delle quali il diritto sorge, può nondimeno creare la forza che lo rende effettivamente obbligatorio. Ma, parlando della coazione, abbiamo potuto vedere che lo stato neanco quella forza può creare, esso non può che adattarla e neppure interamente, alla norma giuridica. La volontà dello stato agisce dunque come una forza concomitante, la quale ha certamente una importanza di prim'ordine, ma non ha importanza assoluta e decisiva: è forza che coordina e organizza, non è propriamente forza che crea.

E in tanto essa agisce a coordinare e a formulare le norme del diritto, in quanto si determina in armonia con le esigenze della vita e della società e quindi in quanto s'ispira alla *cognizione* di queste esigenze. Certo, anche un diritto non ispirato a queste esigenze, quando venga riconosciuto dallo stato o da esso imposto, è pur sempre un diritto positivo e come tale deve essere obbedito. Ma la questione è se sarà obbedito e fino a che punto e se agirà rispetto ad esso quel sistema complementare che è tanta parte della forza obbligatoria del diritto; come anche se i giudici lo applicheranno integralmente o se nell'applicarlo, apporteranno ad esso tali modificazioni, che ne mutano il carattere. Una dottrina dell'obbedienza del diritto non può essere campata in aria, ma deve essere sempre in rapporto con le condizioni dell'obbedienza del diritto. Astrattamente il diritto positivo deve essere sempre obbedito, ma quale filosofo o giurista può contentarsi di questa semplice affermazione? E non potendosi acquietare in questa semplice affermazione, segue naturalmente che il diritto non può essere effetto di una semplice volontà, ma di una volontà in quanto si determina in armonia con la *cognizione* delle esigenze di fatto.

Del resto il diritto è stato sempre più o meno così e si è più o meno sempre costituito su queste basi, altrimenti non avrebbe potuto rispondere alle condizioni di adattamento e non sarebbe potuto riuscire in pari tempo causa ed effetto della conservazione e del progresso umano; sarebbe anzi riuscito un perenne ostacolo alla trasformazione progressiva delle umane convivenze.

Non vi è poi dubbio che questa necessità che ha il *volere* dello stato d'ispirarsi alla *cognizione* delle esigenze, sia della vita che della società, non che diminuire, va sempre più crescendo. In uno stadio molto primitivo si può ben dire che la volontà segue un movimento istintivo e quasi automatico, però che allora le condizioni di adattamento sono molto semplici e si ripetono sempre nel modo medesimo, onde può determinarsi un automatismo semi-cosciente fra l'individuo e il mondo esteriore e anche fra l'aggregato in genere e l'ambiente; ma, in uno stadio avanzato di sviluppo la volontà non può seguire in tutte le sue manifestazioni un processo istintivo: l'ambiente si complica, i fatti non si seguono più con la medesima monotonia, i rapporti assumono aspetto svariato, danno luogo a conseguenze, a combinazioni sempre diverse; onde la deliberazione della volontà deve essere preceduta da tutto un processo complicato di scelta, ciò che suppone, alla sua volta, processi complicati di rappresentazioni e di sentimenti. La *volontà* dello stato non si può concepire allora senza una *mente* dello stato, la quale obbedisce a certe determinate leggi di associazione e di sviluppo, di cui gli atti della volontà sono la manifestazione ultima, certo la più appariscente, ma non la sola importante. E in questa connessione fra i processi volitivi e gli altri processi psichici in quanto si riferiscono alla formazione del diritto, trova la psicologia giuridica ampio campo di studi e di ricerche. Ciò che non vede e non può vedere il realismo giuridico.

Arrestando così esclusivamente la sua attenzione sui processi volitivi, questa dottrina deve inevitabilmente, per logica necessità, venir ricondotta al medesimo punto di vista da cui si metteva la teoria che faceva del diritto una semplice creazione del legislatore. E infatti, una volta che il diritto risiede tutto nella *volontà* dello stato, esso non può essere se non l'opera di quell'organo supremo per mezzo del quale tale volontà a preferenza si manifesta. E quale è quest'organo? Esso è il potere legislativo, quello appunto incaricato di formulare le norme giuridiche. Il potere legislativo diventa il vero creatore del diritto. Il carattere anzi che ha acquistato e va sempre più ac-

quistando la legislazione negli stati moderni è in parte conseguenza di questo modo di vedere. Nè vale allora opporre che il legislatore non *crea* ma *riconosce*, poichè se riconoscere significa in tal caso non creare, non si capisce come allora non si possa avere diritto senza questo riconoscimento. Prendendo la parola *riconoscimento* nel suo vero significato, non si dovrebbe allora ammettere che non possa darsi diritto senza la volontà dello stato e dovrebbe invece ritenersi che il diritto esiste nella condizione delle cose e dei rapporti e che la volontà dello stato gli conferisce soltanto la *positività*. Al contrario, si ritiene che senza quella volontà non vi è addirittura diritto, e allora *riconoscere* vuol significare appunto *creare*. Da qui non si esce.

Ora, ammettendo ciò, diventa facile il passo per affermare che il diritto non è che un effetto della volontà del legislatore e che il legislatore può fare il diritto ad arbitrio suo. Già noi vediamo che nei paesi dove specialmente ferve l'attività del legislatore questo modo di vedere va sempre più guadagnando terreno, e mentre prende sempre più piede la tendenza a riporre nella legge una immensa fiducia, si accredita sempre più l'idea che il potere legislativo possa far tutto e abbia facoltà d'infondere carattere giuridico a ogni e qualunque categoria di rapporto, purchè lo voglia. Si può, è vero, opporre, che tali conseguenze non siano sempre, e per loro logica necessità, strettamente congiunte con quella dottrina o con quel dato modo di vedere, ma non si può negare che una grande affinità corre fra queste diverse dottrine e fra queste diverse tendenze e che non è quindi difficile il passaggio dall'una all'altra. Oltre che una psicologia del diritto, vi è anche una psicologia del potere legislativo. Si sa che ogni potere tende per sua propria natura ad estendere le sue attribuzioni; ora se si lascia comprendere agli organi del potere legislativo che essi sono gli organi creatori del diritto, questo potere non tarderà a credersi onnipotente, a riguardarsi capace di tutto, disconoscendo ogni qualunque genere di limiti e di freni. Il concetto dell'onnipotenza parlamentare, secondo il quale il parlamento può far tutto, trova certamente un grande incentivo in una tale dottrina e del resto

può non essere del tutto accidentale il fatto che questa dottrina dell'onnipotenza del Parlamento sia appunto sorta nel paese, in cui trovarono sempre meno favorevole accoglienza le dottrine del diritto naturale.

§ 36. — Tra gli addebiti che abbiamo fatto al realismo giuridico, specialmente dal nostro punto di vista, vi è anche quello di attribuire poca importanza al processo formativo del diritto e quindi a quel sottosuolo dove si elaborano le condizioni, che preparano il diritto e premono sulla coscienza del legislatore. E non vi ha dubbio che, dando troppa importanza alla volontà dello stato, non solo si è condotti a mettere in seconda linea o a lasciare del tutto nell'ombra le altre cause che con essa concorrono alla formazione del diritto; ma si perde completamente di vista anche il fatto che la volontà dello stato è in ultima analisi, una risultante: una risultante di un insieme di bisogni, di condizioni, di aspirazioni, di sentimenti, d'idee e anche di credenze, di pregiudizi, di abitudini, d'interessi cozzanti e di compromessi, che in vario senso e in diversi modi continuamente si stabiliscono. In tutte queste cause prende effettivamente radice il diritto, che poi trova la sua definitiva espressione nella legge, nella formula finale emanata dal legislatore.

Questo processo formativo è in genere assai laborioso, poichè è difficile che anche la più semplice norma (e sia pure nei paesi più dispotici) sia l'effetto della improvvisa volontà del momento; tanto meno può ciò accadere nei paesi civili, dove le norme diventano immensamente complesse e dove, oltre che di una larga preparazione nella coscienza pubblica, la formazione del diritto è preceduto da un numero più o meno grande di formalità, le quali in diverso modo ritardano o anche inceppano il lavoro legislativo e costituiscono forse, diciamolo pure, gli ultimi freni imposti alla onnipotenza delle assemblee parlamentari nei paesi ove si è definitivamente affermata.

Addentrandoci un poco più in questo processo formativo, vediamo sommariamente come esso si determini. Da principio abbiamo alcuni nuovi bisogni, alcune nuove condizioni di adat-

tamento con le loro relative esigenze che cominciano a farsi sordamente sentire in alcuni individui o gruppi d'individui meglio dotati o meglio in grado di percepirle; questi bisogni in seguito lentamente si propagano ad altri individui e ad altri gruppi, fino a quando, mano mano così diffondendosi, guadagnano una certa maggioranza e acquistano in pari tempo un certo grado d'intensità e di chiarezza. Arrivati a questo stadio di diffusione e di sviluppo, essi principiano a premere sull'ordine giuridico dello stato per esservi inclusi e riconosciuti e si cercano una via per entrarvi, sia per mezzo della consuetudine, sia per mezzo della legge. Ma, siccome la consuetudine è nei nostri stati civili un mezzo secondario e molto lento di trasformazione del diritto e perciò non sempre adatto nei momenti in cui diventa molto attivo il moto di trasformazione e molto sentita la necessità di trasformarsi; le nuove esigenze si cercheranno a preferenza la loro strada per mezzo della legge. Ed ecco che allora esse vengono a premere sugli organi legislativi e determinano a poco a poco in essi una corrente a loro favore, che diventa poi tanto più forte, quanto più esse riescono a dominare l'ambiente e in ispecial modo, quanto più riescono a conquidere le sfere in cui gli organi legislativi si muovono, Prima peraltro di giungere a questo stadio di sviluppo e d'influenza le nuove esigenze devono sostenere lotte di ogni genere con le esigenze che si trovano con esse in contrasto, con gl'interessi di diversa natura che sono o si credono in qualche modo lesi dalla estrinsecazione dei nuovi bisogni, con lo spirito di conservazione, che informa ogni ordinamento esistente e lotta con tenacia contro ogni genere di riforma, avendo a suo favore, non solo l'appoggio dei soddisfatti dell'oggi, che sono in qualsiasi modo beneficati dall'ordinamento attuale; non solo l'indolenza del maggior numero, che si rifiuta a voler mutare, e sia pure in meglio, le sue abitudini inveterate, le sue predilezioni, i suoi stessi interessi; ma avendo anche a suo favore una quantità di pregiudizi, d'idee preconcette, di timori contro tutto ciò che è nuovo e si presenta perciò più o meno con i caratteri dell'ignoto.

Per tutti questi contrasti, durante tutte queste lotte, le nuove esigenze subiscono numerose trasformazioni in peggio o in meglio (questo ora non importa), ma acquistano un maggior grado di coscienza e di forza, determinano mano mano nella convivenza forme nuove di organizzazione e riescono a determinare nell'opinione pubblica la convinzione chiara o al meno il sentimento confuso della loro legittimità. Arrivate a questo stadio di sviluppo, la loro vittoria si può dire assicurata. Fino a questo punto infatti le nuove esigenze hanno dato origine a tutto un processo di trasformazione sociale; il processo invece comincia a diventar politico e a penetrare nella sfera del diritto, quando le nuove esigenze tendono a farsi valere per mezzo dello stato, informando l'opera del legislatore. E qui appunto cominciano i nuovi contrasti, le nuove lotte, le nuove vicende, cui quelle esigenze vengono sottoposte e da cui nuove influenze vengono alla loro volta ad apportare in esse nuove modificazioni; mentre d'altra parte modificazioni corrispondenti verranno a prodursi nelle idee e nei sentimenti che, in rapporto ad esse si sono formati nelle classi e nei partiti che tengono il potere. In altri termini, quelle esigenze si trovano quivi di fronte ai poteri costituiti, alle persone o alle classi che governano, all'influenza delle tradizioni di governo, alla resistenza del diritto formale, all'azione e reazione dei partiti politici, ai rispettivi programmi di governo, agl'interessi e alle tendenze egoistiche di ogni genere coalizzate sotto la bandiera dell'interesse generale.

E quando sono riuscite a guadagnare tutte queste forze, quando sono riuscite a promuovere in esse tutte quelle trasformazioni, che dovranno preparare il terreno alle nuove forme di adattamento, la causa delle esigenze nuove non si può dire ancora interamente guadagnata, poichè rimane ancora tutto il processo formale della trasformazione in legge, cioè a dire, occorre che esse passino per tutte quelle numerose formalità che cominciano dal momento in cui si compila un progetto di legge e finiscono al momento della sua sanzione per opera del capo dello stato. Processo assai lungo e assai complicato negli stati

moderni, composto di numerose tappe, di numerosi stadi a traverso i quali deve passare e durante i quali infiniti sono gli ostacoli cui può andare incontro, le influenze cui può andare soggetto, le modificazioni che può ricevere. Questi stadi rappresentano il vero e proprio processo di elaborazione della legge e costituiscono tanti momenti assai importanti per la interpretazione e valutazione giuridica delle esigenze nuove. Allora entrano specialmente in campo forze estranee, che possono affrettare o ritardare il processo o possono a un dato punto arrestarlo per un tempo indeterminato. Si pensi all'assorbente importanza che acquistano le questioni politiche del momento nelle assemblee parlamentari o in genere, nelle sfere del governo, alle tattiche dei partiti, alle cadute dei ministeri, alla chiusura della sessione e a tanti altri fatti di questo genere, che alle volte fanno ritardare per anni ed anni l'approvazione delle leggi, i cui principii informatori sono già maturati nella coscienza pubblica e la cui adozione è resa necessaria da una quantità di esigenze nuove e di nuove condizioni di cose.

Il procedimento poi non si svolge sempre nel modo medesimo, le condizioni esterne, spesso accidentali, che valgono a ritardarlo o ad affrettarlo possono imprimere un carattere o un altro alla legge, possono renderla una sincera interprete, una viva espressione delle esigenze, possono anche metterla in aperto contrasto con esso, possono renderla armonica nelle sue parti, o caotica e discordante, chiara o confusa, vaga o precisa, breve o prolissa, e via discorrendo. Le esigenze poi che si fanno strada non sono sempre esigenze legittime, rispondenti a vere condizioni di adattamento; non sempre sono esse profondamente sentite dalla grande maggioranza: le illusioni, le aberrazioni sono sempre possibili, alle volte, anche frequenti a tal riguardo. E non sempre quelle esigenze si sono pienamente sviluppate, hanno dato origine a tutto un processo di elaborazione nella coscienza pubblica, da cui deve poi uscire il nuovo diritto; onde rimane in tal caso un più libero campo all'arbitrio del legislatore, sulla cui volontà l'opinione pubblica non ancora matura, non ancora concorde intorno alle nuove aspirazioni, non può

esercitare un sindacato e un freno efficace. E l'influenza di un gruppo di persone, la vanità, le simpatie o i capricci di un uomo politico, le preoccupazioni del momento, le esigenze della politica e della dinamica dei partiti, possono fare entrare in un programma di governo e condurre alla sua definitiva approvazione un disegno di legge che non risponde a esigenze vere o in cui le esigenze vere sono fraintese o snaturate. Un altro disegno di legge può anche essere abbozzato in fretta per dar lavoro a un'assemblea, per gettare polvere negli occhi circa l'attività di un ministro, per accontentare le insistenze di alcune personalità interessate. Mentre un altro progetto lungamente meditato ed elaborato può giungere alla definitiva approvazione monco, sformato, pieno di lacune, d'incoerenze e di antinomie.

Tutti questi fatti o altri infiniti che si potrebbero indicare, tutti questi modi secondo cui si svolge il processo che conduce alla formazione della legge e che precedono il definitivo riconoscimento dello stato, non possono trascurarsi, poichè da essi dipende il carattere che assumerà la legislazione e quindi il diritto positivo in una data convivenza. Essi non vengono interamente disconosciuti neppure dal giudice, che molte volte si riferisce ai lavori preparatori e alle discussioni parlamentari e tanto meno possono venir disconosciuti da chi studia il diritto dal punto di vista psichico, poichè è appunto durante questi processi che operano e fanno sentire in vario senso la loro influenza gli elementi psicologici e si può quindi sorprendere e cogliere l'azione che i fattori psichici dispiegano nella formazione del diritto scritto. La deliberazione della volontà è un atto finale, che prende tutto il suo significato, tutto il suo carattere dai processi più o meno complicati onde è preceduta. Questo vediamo che avviene rispetto alla volontà individuale, questo deve tanto più accadere rispetto alla volontà dello stato, dove il processo formativo assume proporzioni assai più vaste e carattere assai più complesso.

Questo processo adunque non può non interessare il diritto, poichè se esso è a un modo o ad un altro, ciò dipende

appunto dalla maniera come questo processo si svolge. Coloro che vogliono fissare il diritto al momento del riconoscimento o dell'atto volitivo con cui si mette fine al processo formativo, chiudendo gli occhi di fronte a tutte le varie vicende di questo, sono come coloro che guardano l'edificio soltanto dalla facciata o giudicano gli atti delle persone soltanto dalle loro manifestazioni esteriori. E così, il valore, il significato delle norme, degli istituti, delle costruzioni giuridiche, non possono essere determinate con la sola scorta del diritto riconosciuto e proclamato formalmente, poichè questo ha spesso un linguaggio che non si rivela se non a chi penetra *nell'anima della cosa;* e penetrare nell'animà della cosa significa in questo caso andare al di là del momento del riconoscimento e della proclamazione, ricercare le cause che l' hanno determinata, penetrare cioè in una sfera che sta di là del diritto formale e ne costituisce il sostrato, la ragion di essere, ne rende possibile l' applicazione e l'adattamento alle esigenze della vita.

§ 37. — Occorre finalmente vedere in che modo quella dottrina può considerare e in che conto può tenere le aspirazioni che agitano la coscienza pubblica e inducono alle nuove forme di adattamento e quindi ai nuovi concetti di giustizia e di diritto. Si sa che il moto verso il progresso in genere è dato, in tutti i rami dell'umana attività, da queste aspirazioni della coscienza, dagl' ideali che tormentano gl' individui e i popoli. Dove questi ideali non esistono o non hanno occasione di costituirsi, manca quel lievito, quell'elemento di fermentazione, che risvegliando il desiderio e il bisogno di nuove cose, ponendo scopi sempre più determinati all'attività di ciascuno, deve poi condurre alle nuove produzioni e alle nuove conquiste dell' intelligenza e della volontà, tanto nel campo dei rapporti sociali, quanto nella lotta col mondo fisico.

Quando si è convinti che il modo attuale di vivere, l'attuale ordinamento delle cose sia il migliore dei modi e degli ordinamenti possibili, quando si pensa che i bisogni esistenti non possono essere soddisfatti in maniera diversa e migliore da quella con cui sono attualmente soddisfatti, viene meno lo stimolo a

ogni ulteriore sviluppo e diventa financo inconcepibile un ordinamento migliore di quello esistente. Questo vale per il diritto come per ogni e qualunque altra forma di adattamento alle condizioni dell'ambiente. Così, in una convivenza primitiva, in cui il costume vigente costituisce, l'unica forma di ordinamento possibile, perchè la sola concepibile, non si manifestano tendenze di nessun genere verso una forma di ordinamento migliore, non esistono, in altri termini, ideali di moralità e di giustizia. La moralità e la giustizia sono quelle esistenti, quelle incarnate nel costume, quelle praticate: di qua verso il passato, di là verso il futuro, non vi è nulla di meglio e di desiderabile. La società ha raggiunto una specie di equilibrio stabile, si è come cristallizzata a un dato stadio del suo sviluppo, e non procede più oltre e può per tal modo traversare immutata lungo ordine di secoli.

Ma, non è questo il modello cui possiamo ispirarci, o almeno non è questo il modello che possono seguire le società dove è potenza di sviluppo, dove esiste la capacità e la possibilità di raggiungere forme di adattamento di ordine sempre più elevato. In esse sorge sempre più o meno e si accentua un distacco fra l'ordine attuale e l'ordine desiderato, fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, fra la realtà e l'ideale, e, a parità di condizioni, una società è tanto più atta a progredire quanto più alti sono gl'ideali che si propone e quanto più è capace di concentrare con la sua volontà le idee, i sentimenti, gli sforzi al raggiungimento di essi. Una dottrina del diritto riesce quindi essenzialmente monca allorquando non fa la debita parte a questi ideali siccome ispirazione e siccome spinta e anche siccome guida verso gli ulteriori progressi; riesce, per quanto ciò possa sembrare una contradizione, non realista, cioè non è rispondente alla realtà delle cose. Perchè nella realtà non vi è soltanto un diritto riconosciuto, vi è anche un diritto desiderato, vi sono aspirazioni verso forme di ordinamento più perfetto; e una dottrina che solo del primo si occupa, che solo sul primo si fonda, non abbraccia la realtà tutta intera, non la comprende in tutte quante le sue manifestazioni. Essa non tra-

scura una parte secondaria, un lato accessorio della realtà, ne trascura un lato importante, la cui importanza anzi va mano mano crescendo a misura che, come vedremo meglio negli studi successivi, la coscienza sociale si sviluppa, le esigenze si moltiplicano e gl' impulsi di ordine spirituale acquistano una potenza considerevole. Essa viene quindi a disconoscere le basi psicologiche del diritto, poichè è appunto in queste idee, in questi sentimenti, in queste aspirazioni che bisogna ricercare i germi delle nuove produzioni giuridiche, non solo, ma anche le forze che determinano la trasformazione di un diritto desiderato in un vero e proprio diritto positivo.

Una dottrina generale del diritto non può adunque trascurare questi momenti di ordine psicologico, poichè essi sono indizio di bisogni nuovi, di nuove condizioni di cose; disconoscere o fraintendere questi momenti significa disconoscere la vera missione del diritto, che è missione di garanzia, di ordine, di pace sociale. Se il diritto ordina e garantisce, esso deve ordinare e garantire ciò che è e come può essere e non ciò che ha cessato di essere o non è più in quel dato modo; non può quindi cristallizzarsi a un dato modo e in un dato punto se non quando la società egualmente si cristallizza. Se invece la società si muove e si trasforma, deve anch' esso muoversi e trasformarsi; e per far ciò, per muoversi in armonia con la società, con i suoi bisogni, non può non tener conto delle forze che appunto tali trasformazioni producono.

Si vuole opporre che ciò deve interessare il legislatore, ma non può interessare la scienza del diritto, la quale non può fondarsi che sul diritto riconosciuto e praticato? Ma l'obbiezione non regge per due precipue ragioni. Prima di tutto, perchè l'opera del legislatore è un' opera di esecuzione e di pratica, poichè egli fa dell'arte e non della scienza, egli si giova o si dovrebbe giovare della scienza per introdurre nella pratica le combinazioni e le modificazioni che devono servire per il raggiungimento di certi dati scopi. La sua opera suppone quindi una scienza o un insieme di scienze, in cui tali principii si elaborano e alle quali esso possa poi attingerli per l'attuazione

del suo proprio còmpito. Tra queste scienze precipua è certamente la scienza del diritto. Ma quali principii potrebbe essa fornire in proposito quando si dovesse limitare a costruire soltanto sul diritto riconosciuto dallo stato e mettesse da parte ogni ricerca che potesse condurla al di qua o al di là di esso? Quali criterii potrebbe essa suggerirgli per un mondo di rapporti nuovi e di nuovi bisogni, che domandano di essere regolati da nuove norme giuridiche quando in questo mondo essa si ostinasse a non volere entrare, quando non si preoccupasse di scoprire queste nuove terre, quando, per un falso concetto della sua missione, riconoscesse che un tale còmpito esce dai limiti delle sue ricerche, dalla sfera delle sue competenze?

Vediamo, ad esempio, quello che accade sotto i nostri occhi nella moderna società. Noi ci troviamo ora di fronte a uno dei più grandi movimenti di trasformazione che si siano mai prodotti nelle società umane. La società nostra s'incammina rapidamente verso nuove forme di adattamento, onde una quantità di bisogni, di desideri più o meno indistinti, di aspirazioni più o meno determinate si agitano nella coscienza pubblica e producono nuovi fermenti d'idee e di sentimenti, nuove coordinazioni di atti e di rapporti; o si esplicano con nuovi programmi politici e sociali, con nuove dottrine economiche, nuovi orientamenti di partiti e di gruppi, nuove organizzazioni di elementi, con sovraeccitazioni della coscienza pubblica, con moti incomposti, con tentativi inconsiderati e così via discorrendo. Di fronte a questi nuovi fatti e a queste nuove esigenze, il legislatore non può certamente trovare una guida, un criterio nel diritto riconosciuto, poichè esso tali nuove esigenze disconosce o perchè esso in origine non fu già formulato in tutto in armonia con i fatti, o perchè quelle esigenze ancora non esistevano quando esso venne formulato. Volersi ostinare a risolvere, con i criterii che fornisce il diritto praticato, le esigenze nuove che sono più o meno in contrasto con esso, significa pretendere di obbligare la società a cristallizzarsi o preparare il terreno a un moto violento, col quale le nuove esigenze, non accontentate in altra maniera, cercheranno un mezzo per farsi valere. Il legislatore

deve adunque cercare altrove i suoi criterii e deve appunto cercarli in una scienza che mostri in che modo le esigenze nuove possano ricondursi sotto le norme del diritto, o per meglio dire, che sia in grado di mostrare quale sia il diritto delle nuove esigenze. E se questa non è scienza del diritto, non sappiamo che cosa possa essere.

Da qui si comprende come vi sia ancora un'altra ragione per cui non regge l'obbiezione innanzi indicata. Il legislatore non può con la sua bacchetta magica trasformare a suo arbitrio in rapporto giuridico ogni e qualunque fatto; egli può trasformare in diritto positivo quei fatti e quei rapporti soltanto che, per loro intrinseca natura, si prestano a tale trasformazione. E anche qui i criterii con cui vengono determinati i caratteri giuridici dei fatti e dei rapporti il legislatore non può trovarli che nella scienza del diritto e non soltanto nella scienza del diritto positivo, ma nella scienza del diritto in genere. Questa ragione tutta di carattere tecnico ha peraltro una grande importanza, poichè da essa dipende la possibilità di applicazione e quindi l'efficacia delle leggi. Tante leggi che rimangono lettera morta, perchè non possono venire applicate e non possono venire applicate perchè i rapporti che regolano non hanno per loro natura carattere giuridico o non ha carattere giuridico il modo come furono riconosciuti; tante leggi di questo genere non verrebbero fatte o verrebbero fatte in modo diverso quando si tenesse il debito conto del carattere tecnico cui abbiamo accennato.

§ 38. — Un'altra obbiezione può essere fatta e viene appunto fatta dai seguaci del realismo giuridico: questi ideali, essi dicono, queste nuove esigenze non sono e non costituiscono il diritto; lo diventano solo quando vengono dal diritto positivo riconosciute, quando cioè si trasformano in diritto positivo.

Qui evidentemente si è caduti in un equivoco, di cui gli oppositori del diritto non positivo si sono fatti forti per formulare una delle più gravi obbiezioni, secondo essi, contro la dottrina che essi combattono. E l'equivoco appunto consiste nel ritenere che questa dottrina non possa reggersi senza una con-

fusione fra l'ideale e il reale, fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere. Ora che questa confusione altre volte sia avvenuta non vi è dubbio, come non vi è dubbio neppure che anche oggi per molti la distinzione non apparisce molto chiara; e da ciò naturalmente gli oppositori traggono valido argomento per combattere una dottrina che sembra avere per base una tale confusione e di non potere esistere senza di essa. Ma, dal semplice fatto che una tale confusione sia altre volte avvenuta o che avvenga in parte anche ora, non si può certo conchiudere che essa debba sempre avvenire e che sia proprio per la natura di quei fatti che essa sempre si produca.

In tutti i campi dell'umana attività si genera inevitabilmente un distacco fra la realtà e l'ideale, fra il fatto e l'idea, fra le condizioni attuali e le aspirazioni della mente; nell'arte, nella scienza, nella morale, nella religione, nel costume, quindi anche nel diritto; e in ogni campo dell'attività umana l'ideale è il fascino, la molla che induce la realtà a trasformarsi verso forme più perfette; ma in nessuno di questi campi le due cose si confondono o le confusioni parzialmente avvenute inducono a ritenere che per loro natura quei fatti si debbano inevitabilmente confondere e che perciò anche nel campo del diritto la esistenza delle due cose debba necessariamente implicare una confusione. Il diritto positivo è sempre diritto positivo, come il diritto ideale è sempre l'ideale del diritto fino a tanto che non diventa diritto positivo (1).

---

(1) Il Bergböhm (*Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892, p. 327, nota 40) crede di cogliermi in contradizione mettendo in raffronto ciò che affermo in due miei scritti, e cioè nel *Saggio sulla sovranità*, vol. I, p 306, e nella *Filosofia del diritto internazionale*, p. 230 e seg. Nel primo infatti affermo che il diritto ideale non può prendersi quale « base alle pretese delle persone le une di fronte alle altre »; nel secondo, facendo la teoria delle fonti del diritto internazionale, vengo ad ammettere, oltre al diritto positivo, anche un diritto *teoretico*. Ora, il citato scrittore crede che, nel primo caso io abbia voluto negare, mentre nel secondo, sia venuto ad ammettere l'esistenza di un diritto naturale. Ciò è completamente errato, poichè nel primo caso io semplicemente affermo che l'i-

Si obbietta, che siccome l'ideale non è il reale, così l'ideale del diritto non è il diritto? Ma un tale ragionamento è fondato sur un sofisma, poichè la conclusione non è implicata nella premessa. Altra cosa è infatti riconoscere che l'ideale, appunto perchè tale, non si può mai confondere con la realtà. e altra cosa è ritenere che l'ideale del diritto non sia diritto o non possa in verun modo partecipare della natura di esso. Pur non essendo un diritto effettivamente praticato, l'ideale del diritto non può non possedere alcune delle caratteristiche essenziali del diritto, senza di che, esso non sarebbe l'ideale del diritto, ma sibbene di qualche altra cosa, che non è più il diritto. Esso, per esser tale, deve anzi possedere tutte le caratteristiche del diritto, tranne quelle per cui il diritto positivo si differenzia dal diritto non positivo. E anche a tal riguardo avviene per il diritto quello che avviene per tutte le altre cose. L'ideale infatti deve avere più o meno sempre della realtà su cui si fonda e di cui costituisce il *desideratum;* e si accosta più o meno ad essa a misura che è più o meno alto e più o meno s'impernia sulla possibilità delle cose; ma in tutti i casi, quando non è vuota e bizzarra astrazione della mente, non può assumere caratteri in tutto diversi da quelli che la realtà presenta. Così, l'ideale della musica non può essere quello della pittura e l'ideale della scultura non può certamente confondersi con quello della poesia. La scienza ha degl'ideali che non sono certamente gl'ideali dell'arte, come gl'ideali della pratica essenzialmente si

---

deale del diritto non si può mai riguardare come un diritto positivo, e nel secondo invece, ammettendo un diritto teoretico, non intendo menomamente di confondere questo col diritto positivo. Ciò che poi chiamo *diritto teoretico* non è punto un diritto assoluto e immutabile dettato dalla retta ragione, ma un diritto relativo quale viene suggerito dalla coscienza giuridica e formulato dalla scienza in armonia con le necessarie condizioni di fatto (condizioni di adattamento) perciò diverso nei vari tempi e luoghi, non ancora munito di sanzione, ma capace di riceverla. Esso è perciò quel *desideratum* del diritto di cui parlavo nella medesima pagina del primo degli scritti citati.

distinguono da quelli della teoria. In ciascun campo dell'umana attività i *desiderata* possono costituire le aspiraziani verso cui l'attività deve rivolgersi appunto perchè sono essi della stessa natura di ciascuna delle forme di attività cui essi si riferiscono. Gl'ideali dell'arte possono muovere l'anima dell'artista perchè sono anch'essi della natura dell'arte. Non si capisce perchè questo non debba anche avvenire per il diritto: i suoi ideali non possono essere di una natura diversa da quella del diritto, quando, s'intende, siano veri ideali e non vuote fantasticherie; essi non possono essere certamente gl'ideali della morale, o della religione o dell'estetica, perchè il diritto ha appunto una realtà a parte da cui queste altre forme di realtà si distinguono e così devono distinguersi dagl'ideali di queste i suoi propri ideali.

Ma, si può ancora opporre, gl'ideali della scienza non sono ancora la scienza, gl'ideali dell'arte non sono ancora l'arte, così gl'ideali del diritto non sono ancora il diritto; essi esistono soltanto nella mente, vivono in uno stadio subbiettivo, che può variare da una mente ad un'altra, non si sono obbiettivati in guisa da costituire un tutto indipendente dalle coscienze che li percepisce. Lasciando stare che, di fronte a una teoria rigorosa della conoscenza queste distinzioni così recise fra subbiettivismo e obbiettivismo non possono più essere sostenute, e volendo rimanere strettamente al nostro speciale campo di ricerche, bisogna pur sempre osservare che questo ragionamento per paragoni, non regge in tutti i casi, e non è tutte le volte conclusivo; e ciò perchè i fatti che si vogliono paragonare sono alle volte così diversi, che ciò che si afferma rispetto all'uno, non si può affermare poi rispetto all'altro. Ad ogni modo, ammettendo pure per un momento che in questi casi il paragone possa istituirsi e riuscire conclusivo, possiamo veder subito che esso non conclude molto a favore degli oppositori. Gl'ideali di una scienza o di un'arte non sono, è vero, la stessa cosa che l'arte e la scienza, ma siccome sono della stessa natura, allorchè si vuole con una generica denominazione abbracciare la scienza e l'arte, non si può prescindere dai suoi ideali, che sono o possono essere la scienza o l'arte del domani.

Che cosa è infatti una scienza o un'arte destituita d'ideali? È alla sua volta un'astrazione, non una realtà completa; poichè la realtà comprende, tanto i risultati ottenuti, quanto i concetti più o meno chiari dei risultati da ottenersi e i propositi, le speranze, i sentimenti di ogni genere che verso di questi spingono e al raggiungimento dei quali più o meno contribuiscono. E poi la distinzione fra ideale e reale non è tanto recisa nel fatto come si potrebbe credere sulle prime quando si guardano le cose soltanto alla superficie. Quali sono infatti i criteri di distinzione fra l'una cosa e l'altra? Ordinariamente si ritiene che l'ideale è uno stato di aspirazione subbiettiva, la realtà è invece l'idea che si è attuata in fatti concreti e innegabili. E sta bene. Ma quanti nuovi concetti non vi sono nella scienza e nell'arte i quali vanno di giorno in giorno obbiettivandosi per opera dei pochi e dei più eletti, i quali rimangono ancora per la gran maggioranza delle semplici aspirazioni? Anzi, ogni nuovo concetto, ogni nuova dottrina, ogni scoperta, ogni invenzione non sono cose che si producono improvvisamente nella coscienza di tutti. Sono opera, da principio, di un solo o di pochi e da questi si vanno mano mano diffondendo nella coscienza dei molti. Quando comincia allora l'obbiettivazione di essi?

Ma, come abbiamo detto, noi dobbiamo anche tener conto delle speciali condizioni di ciascuna disciplina e di ciascun campo di attività, onde anche delle peculiari caratteristiche del diritto, le quali producono a tal riguardo effetti e condizioni speciali. Ammesso ciò, si comprende che non riescono sempre conclusive su tale argomento i ragionamenti fondati esclusivamente sul paragone. E in vero, prima che il diritto passi al suo stadio positivo occorre l'intervento di un fatto che non trova riscontro in tutte le altre forme della attività umana, occorre cioè il volere della collettività e, nei paesi civili, il volere dello stato. Gl'ideali dell'arte, della morale, della scienza possono mano mano tradursi in atto per opera di chiunque a misura che nuovi progressi sono resi possibili, a misura che le esigenze si trasformano e le menti si sviluppano. Gl'ideali, i *desiderata* non si accumulano nelle coscienze per la difficoltà dell'accordo delle

volontà che deve servire a tradurli in atto, poichè, mano mano che si presentano nella coscienza, avviene una naturale selezione fra quelli che appaiono attuabili e quelli che appaiono inattuabili, e mentre questi sono scartati, gli altri sono mantenuti e si comincia immediatamente a lavorare per l'attuazione di essi, la quale può sempre verificarsi da un momento ad un altro e per opera anche (e anzi il più delle volte esclusivamente) di un solo individuo.

Così, in un dato momento, si presenta quale ideale la dirigibilità del pallone; se lo stato di sviluppo della scienza non è ancor tale da farne presagire attuabile il raggiungimento, quell'ideale viene abbandonato e le menti si danno a lavorare per il raggiungimento di fini meglio attuabili. In un momento successivo invece gli ulteriori sviluppi della scienza faranno ritenere come possibile l'attuazione di quel *desideratum*, sia nella forma primitiva, sia in una forma diversa, quale, ad esempio, una macchina aerea, un motore dirigibile ecc. Allora una quantità di persone si mettono all'opera e il risultato può essere da un momento all'altro raggiunto da questo o da quello o da più di uno in vario modo nel medesimo tempo. Anche nel campo della morale, che pure si avvicina assai a quello del diritto, il fenomeno si comporta in modo simile, per quanto non identico. Anche qui vediamo che gl'ideali, quando, s'intende, sono attuabili, tendono a tradursi in realtà e lentamente vi si traducono senza produrre cumuli considerevoli d'ideali attuabili rimasti inattuati per un tempo assai lungo.

Nel diritto invece le cose procedono altrimenti a causa del concorso di quel volere collettivo, che qui è condizione inevitabile e imprescindibile. Il qual concorso può rendersi relativamente agevole allorquando piccolo e semplice è l'ambiente (la convivenza) in cui deve prodursi. Ma tende a diventare sempre più difficile e richiede una crescente quantità di sforzi coordinati a misura che l'ambiente diventa esteso e complesso e quindi a misura che ci accostiamo al tipo dello stato moderno, ove si arriva a un massimo di estensione congiunto ad un massimo di complessità. E così parimenti, quel concorso è più facile seb-

bene più lento allorchè il diritto risiede nelle consuetudini, poichè esso allora può gradatamente e spontaneamente determinarsi mano mano che le esigenze si presentano e senza bisogno di formalità complicate. Può diventare invece, relativamente più difficile allorchè il diritto viene fatto per mezzo della legge e si complicano gli organi che devono compilarla e i metodi con i quali si procede alla loro formazione, perchè esso deve allora superare una quantità di attriti e di formalità, le quali possono in vario senso e in vario modo arrestarne o falsarne il processo formativo, dando origine a un diritto, che non è in tutto il riflesso delle aspirazioni e delle esigenze.

Per cui avviene che più crescono le difficoltà che impediscono e arrestano la formazione di questo concorso e più si rende difficile ai *desiderata* del diritto di trasformarsi in diritto positivo, più cresce la quantità di forze sociali che occorrono per operare questa trasformazione e più naturalmente cresce il periodo di tempo durante il quale questi *desiderata* devono attendere per tradursi in atto. E durante questo periodo essi si accumulano, si elaborano, possono costituire tutto un corpo di dottrine e financo interi sistemi di principii e di norme, i quali non cessano d'influire sul diritto positivo e riescono spesso a penetrarvi per mezzo della interpretazione, specialmente di quella che ha luogo per opera delle corti di giustizia e diventa giurisprudenza.

Si può allora opporre che tali *desiderata* non abbiano nulla che vedere col diritto vero e proprio, che rimangano sempre in quello stadio subbiettivo di semplici opinioni individuali, variabili con le persone, perciò destituite di ogni valore obbiettivo? In questo caso ciò non può più affermarsi, poichè sono sorti a proposito di quei *desiderata* comuni modi di pensare e di sentire, sono sorte comuni opinioni, dottrine generalmente accettate e lo stato di subbiettivismo iniziale è quindi scomparso riguardo ad esse. In altri termini, quelle dottrine non dipendono più dall'opinione di questo o di quell'individuo, ma costituiscono un corpo più o meno obbiettivo di principii indipendenti dall'adesione di persone singole e come tali, attendono e promuovono quel concorso

di volontà che deve infine determinarne la trasformazione in diritto positivo. Ecco l'importanza speciale che possono avere per il diritto gl'ideali del diritto, importanza che certamente sfugge a coloro che si mettono esclusivamente dal punto di vista del diritto positivo e guardano al fenomeno giuridico, un fenomeno così complesso, solo a cominciare dal momento in cui il concorso delle volontà ha già avuto luogo. Fenomeno certo importantissimo, capitale anzi, se non esclusivo, per colui che deve limitarsi a guardare soltanto il diritto, così come è; ma certamente non unico per colui che vuole rendersi conto di tutto il processo in forza del quale la norma giuridica si determina e viene acquistando le peculiarità che la distinguono da tutte le altre categorie di norme e da tutte in genere le categorie di fatti sociali; al pari che per colui che vuole rendersi conto della natura intima del rapporto giuridico, essendo esso tale per sua intrinseca essenza e non per la semplice volontà dello stato.

Ci siamo intrattenuti abbastanza a lungo su questa dottrina, non solo per la voga e per il credito che essa ha acquistato ai nostri giorni e per il valore dei campioni che se ne fanno sostenitori, ma anche perchè essa ci serviva come di occasione per mettere in maggiore evidenza le basi psicologiche del diritto.

Capitolo VIII.

Il fondamento psichico del diritto e la teoria della classe dominante.

§ 39. — Ma di un'altra teoria dobbiamo ancora discorrere, la quale, anch'essa per il punto di vista unilaterale da cui si colloca, rende impossibile un completo apprezzamento delle basi psicologiche del diritto in tutta la loro varia e complessa natura.

Anche essa è una teoria che ha acquistato molta voga ai nostri giorni perchè si trova o si suppone in armonia con tutto un nuovo modo di concepire i fenomeni del diritto e dello stato e in genere della convivenza e della storia: vogliamo accen-

nare alle dottrine, secondo le quali il dominio politico e quindi anche il diritto sarebbero opera delle classi materialmente e moralmente più forti e meglio dotate, le quali monopolizzano l'uno e l'altro a vantaggio proprio e a danno delle classi più deboli. Il diritto, in altri termini, sarebbe in base a questa teoria, opera esclusiva di una minoranza potente, unicamente rivolta a favorire il suo dominio e i suoi interessi.

Questa dottrina, non nuova, era stata già indicata da Harrington nell'*Oceana* quando cercò di determinare i rapporti intercedenti fra la distribuzione della proprietà e le forme di governo; ma è stata ripresa in questi ultimi tempi e con molta fortuna, tanto da alcuni antropologi e sociologi, che vogliono spiegare tutti i fenomeni sociali col principio della lotta di razze, di cui le classi sarebbero la conseguenza; quanto da una intera scuola di economisti, per la quale i fenomeni sociali sono tutti, direttamente o indirettamente in funzione del fenomeno economico. Presso questa scuola anzi (la così detta scuola del materialismo storico) una tale dottrina doveva ricevere le migliori accoglienze e i più ardenti sostenitori, poichè essa si trovava pienamente in armonia con le sue idee e forniva ad essa il modo di spiegare come anche l'ordinamento politico e il diritto fossero una conseguenza del fenomeno economico e dovessero trovare in questo soltanto la loro ultima spiegazione e la loro ragione di essere. Per questa scuola le classi che detengono il dominio e fanno il diritto sono le classi economicamente più forti; per cui il diritto in fondo non sarebbe altra cosa che la norma imposta dalle classi capitaliste alle classi proletarie per conservare ed accrescere il proprio dominio e la propria ricchezza e mantenere nella povertà e nella soggezione le classi non abbienti.

Quello che a noi importa in queste dottrine è il fatto essenziale, comune a tutte, che cioè il diritto sia un semplice prodotto dell'interesse di classe, sorga e si sviluppi sempre in armonia con questo interesse e sia sempre rivolto a favorirlo. Noi non intendiamo qui di assumerci l'arduo còmpito di sottoporre ad analisi critica le dottrine del materialismo storico o

quelle delle lotte di razza; ci mancherebbe la necessaria competenza e oltre a ciò usciremmo troppo dai limiti del nostro studio. Noi vogliamo invece limitarci a dimostrare che tali dottrine siano inconciliabili con una concezione scientifica della psicologia del diritto e si fondano sopra un falso apprezzamento degli elementi che costituiscono la base psicologica di esso. Lasciamo quindi ad altri il còmpito di analizzare queste dottrine dagli altri punti di vista.

I seguaci di esse non possono non riconoscere che il dominio e il diritto delle classi più ricche o meglio dotate non potrebbe esclusivamente costituirsi e mantenersi con la sola forza materiale, poichè tali classi costituiscono pur sempre una minoranza anche esigua e non sarebbero in grado di resistere in una lotta aperta di fronte alla grandissima maggioranza delle classi povere o meno dotate. Se il conflitto dovesse adunque decidersi con la forza materiale, non vi è dubbio che la maggioranza rimarrebbe al numero e si produrrebbe una inversione nei rapporti delle classi, per cui le più povere e meno dotate, ma immensamente più numerose, prenderebbero il sopravvento. La differenza di qualità sarebbe più che largamente compensata dalla differenza di quantità. Non può dunque essere una forza materiale quella che serve a mantenere il dominio e a generare il diritto, ma deve necessariamente essere una forza morale, una forza cioè di carattere psichico. Per opera di questa forza essi riuscirebbero, non solo a paralizzare l'animo dei soggetti, ma a guadagnarne anche un gran numero alla propria causa, rendendoli ligi alla propria volontà e disposti anche a difenderne gl' interessi in caso di materiale conflitto fra le classi dominanti e le dominate. Ora quale è e dove risiede questa forza psichica di cui si servono i detentori del potere e i fabbricatori del diritto? Essendo una forza psichica, essa non può assumere che un carattere intellettuale, o sentimentale o volitivo, e bisogna perciò ricercarla o nei processi rappresentativi, o nei processi dei sentimenti, o nei processi della volontà o nella connessione organica di tutti questi processi.

Guardata dal punto di vista dei processi rappresentativi,

questa forza dovrebbe risiedere in una specie d'inganno generale e perpetuo, in cui le classi dominanti manterrebbero le classi dominate, per cui queste non arriverebbero a una chiara percezione dei propri interessi o verrebbero indotte a credere che i propri interessi combacino con quelli dei dominanti e trovino in questi i più validi difensori.

Tale inganno, come abbiamo detto, dovrebbe essere perpetuo, però che secondo la teoria il fatto si sarebbe verificato e dovrebbe sempre verificarsi nella storia dell'umanità, altrimenti la teoria non potrebbe assorgere al grado di generalizzazione scientifica; dovrebbe essere anche generale nelle classi soggette, poichè se alcune riescono ad aprire gli occhi e a comprendere il vero stato delle cose, non tarderebbero a dimostrarlo agli altri e troverebbero facilmente proseliti, trattandosi di cosa che interessa vivamente tutti e intorno alla quale tutti sono desiderosi di conoscere la verità; onde l'inganno sarebbe tosto dissipato e con esso sparirebbe la forza principale delle classi dominanti.

Ora, per mantenere un tale inganno in modo così generale e perpetuo, occorre un grande accordo da parte di queste classi, una grande abilità per costituirlo e per mantenerlo, una grande segretezza per conservarlo celato. Occorre che le loro forze intellettuali siano bene organizzate e disposte al raggiungimento del loro comune fine e siano dirette con straordinaria perspicacia per far fronte a tutte le evenienze, a tutte le trasformazioni dei bisogni, che potrebbero in qualche modo sconvolgere o compromettere l'accordo intellettuale. Perciò i seguaci di queste dottrine sono costretti ad ammettere direttamente o indirettamente la possibilità di tutta una serie di piani sapientemente architettati, di modi e di mezzi adoperati con una sagacia e con una solidarietà sorprendenti, di scappatoie, di sotterfugi, di rigori, di gherminelle bene scelte, di promesse, di speranze, di piccole concessioni fatte a tempo e a luogo e a cui viene data ad arte l'importanza di grandi riforme; tutto insomma un prudente sistema di condotta rivolto a prevedere, a prevenire, a reprimere, ingannando sempre e facendo che le classi soggette rimangano sempre ingannate intorno ai propri interessi.

§ 40. — Basta enunciare semplicemente una tale teoria, presentandola in tutta la sua crudezza e spoglia di tutti gli orpelli e gli abigliamenti scientifici, onde può essere rivestita dai suoi sostenitori, per vedere subito come essa sia psicologicamente insostenibile, come sia basata sopra una completa ignoranza e un completo disprezzo della psicologia individuale e collettiva.

Come è possibile, innanzi tutto, che maggioranze così numerose, che interi gruppi di popolazione possano così in perpetuo ingannarsi ed essere ingannati sugl'interessi propri e che nessuno, neanco la voce dei propri bisogni, neanco il proprio istinto, valga mai a togliere l'inganno e a dissipare l'illusione sotto la quale esse vivono? Si sa che in tutte le specie viventi il bisogno della propria conservazione produce una serie di modificazioni in armonia con le esigenze dell'ambiente, perchè l'adattamento dell'ambiente è condizione necessaria per poter vivere e svilupparsi. Ogni individuo deve quindi potersi sviluppare in armonia con le esigenze dell'ambiente. Questo deve verificarsi e si verifica anche nella specie umana. L'individuo umano, per vivere, deve potersi adattare all'ambiente e deve poter modificare, non solo il suo organismo, ma anche i processi della sua coscienza in armonia con l'ambiente in cui nasce e in cui è chiamato a svolgere la sua attività; e quest'armonia con l'ambiente implica necessariamente un'armonia interna fra i processi mentali e i propri bisogni, di modo che, a misura che i bisogni si manifestano, la sua mente possa trovare il modo con cui soddisfarli. Parallelo, in altri termini, allo sviluppo dei bisogni deve potersi svolgere lo sviluppo della coscienza e specialmente della parte di essa che comprende i processi di ordine più elevato.

Ora, questo sviluppo della coscienza come è conciliabile con l'inganno perpetuo che suppone la teoria? Delle due cose l'una, o nelle classi soggette non si sviluppa alcuna capacità di adattamento, e allora esse dovranno inevitabilmente perire, e non si capisce anzi come esse abbiano potuto per tanto tempo conservarsi nella storia; o pure qualche capacità di adatta-

mento in esse si sviluppa, e allora questa non sarà che l'effetto di una certa coscienza dei propri interessi; almeno di quel tanto di coscienza che vale a far comprendere come esse siano mantenute nell'inganno da parte delle classi dominanti.

Si vorrà obbiettare che la capacità di adattamento non è e non può essere eguale in tutti gl'individui e in tutte le classi, ed è appunto per questo che vi sono in tutti i paesi classi più forti, meglio dotate e più ricche e sotto di esse, classi più deboli, meno dotate e più povere? L'osservazione è certamente giusta e da nessuno potrà essere affermato che la capacità di adattamento sia in tutti eguale. Ma da questo che cosa si può conchiudere? Che sia vera la teoria dell'inganno e dell'oppressione perpetua? Non di sicuro. Ciò che da tali premesse si può conchiudere è soltanto questo, che le classi meglio dotate possano a preferenza favorire gl'interessi propri a danno degi'interessi delle classi meno dotate; e che le classi soggette possano fino a un certo punto e per certi rispetti essere ingannate circa alcuni dei loro interessi. Il che non significa che le prime possano in tùtto conculcare gl'interessi di queste e che queste possano essere in tutto e sempre ingannate sopra tutti gl'interessi propri, però che allora, ripetiamo, le classi soggette non potrebbero sussistere. E se si ammette che le classi dominanti non possono in tutto trascurare gl'interessi delle classi soggette o non possono in tutto ingannarle sulla natura dei loro rispettivi bisogni, si viene implicitamente ad ammettere che il diritto non può essere in tutto fondato su di un inganno ordito dalle classi più forti a loro esclusivo vantaggio e che perciò il diritto, *almeno* per una parte deve fondarsi sulla considerazione degli interessi collettivi o di quelli comuni ai dominanti e ai dominati.

Inoltre, nelle società che si sviluppano, l'evoluzione progressiva non potrebbe aver luogo se non con un passaggio verso forme di adattamento sempre più completo da parte di *tutta* una convivenza. E questo necessariamente implica che, non solo gl'interessi delle classi dominanti, ma anche quelli delle classi dominate vengano mano mano nel miglior modo compresi e soddisfatti. In altri termini, il progresso delle nostre società non

avrebbe potuto compiersi se le classi dominanti, non solo non avessero conculcato, ma avessero anche preso cura in modo sempre più attivo ed efficace degl'interessi delle classi soggette e se queste non avessero acquistato una coscienza sempre più chiara dei propri bisogni e dei modi come soddisfarli. Onde se vi è stato progresso in certe società umane, ciò significa che « deve esserci stata in esse una corrispondenza fra le istituzioni e le condizioni della conservazione e della prosperità collettiva » (1) perciò, almeno in parte, una percezione sempre più giusta degl'interessi collettivi nella gran maggioranza degli individui aggregati.

Ma non è tutto. La teoria suppone fra i componenti delle classi dominanti un accordo o almeno certi costanti modi comuni di pensare, che effettivamente non esistono e non possono venir dimostrati da alcuna teoria psicologica avente fondamento scientifico. Le classi sociali sono organismi amorfi, che non hanno, nè organizzazione, nè forma, nè elementi, nè confini determinati: caratteri questi che si sono anzi venuti accentuando nella moderna società. Infatti, in una società moderna, dove è che una classe finisce e dove è che comincia? Di quali e di quanti elementi si compone?

Mancando i caratteri distintivi e i confini precisi, si capisce che si rendano possibili e frequenti i passaggi dall'una all'altra classe e diventa difficile quella omogeneità e solidarietà di parti, che sta sempre a base del comune modo di sentire e di pensare, che genera la comunanza dei bisogni, sui quali dovrebbe imperniarsi la comunanza e la concordanza delle idee. Si pensi poi che in questo caso non si tratta di un accordo vago e indeterminato, di un accordo intorno a pochi punti o a poche idee fondamentali, di un'aspirazione indistinta o di una concordanza sommaria; ma, come abbiamo potuto vedere, si tratte-

---

(1) Si veda la bella critica del *Materialismo storico* nelle *Lezioni di Filosofia del diritto* del prof. I. Vanni raccolte da O. Petrone. — Roma. Anno accademico 1899-1900, pag. 519 e seg.

rebbe di un accordo certo e preciso, di una completa e generale comunanza d'idee sopra un piano architettato in comune e determinato in tutte le sue parti, da tutti unanimemente accettato, senza restrizioni, senza reticenze e senza riserve. È supponibile che un accordo di questo genere si determini e un piano così fatto si architetti fra gli elementi indeterminati e oscillanti onde si compone ordinariamente una classe sociale? Il piano di cui qui si tratta inoltre non può essere, come sappiamo, un piano semplice, ma deve essere un piano eccessivamente complicato, tanto più complicato quanto più la società è progredita e le evenienze, le nuove combinazioni di rapporti, i casi nuovi e imprevisti tendono a diventare sempre più numerosi. Per cui esso non può sorgere come di getto dalla testa di un solo, ma deve sorgere con la cooperazione concorde e costante di un numero infinito di persone, tutte rivolte al raggiungimento di uno scopo da tutti veduto nel medesimo modo. Ora noi possiamo vedere come la concordia perfetta delle idee intorno al medesimo scopo sia difficile ad ottenersi anche in seno di un gruppo assai omogeneo e assai ristretto di persone, quale ad esempio, una piccola società di amici o una minuscola associazione commerciale, dove se uno o due non riescono a prendere un assoluto sopravvento sugli altri, la società spesse volte si scioglierebbe per mancanza di accordo; e pure in tali casi si tratta di scopi semplici e per i quali non occorrono processi complicati d'idee e di ragionamenti. Come si può allora sperare che un tale accordo si renda possibile allorchè gli scopi diventano molto complessi e il raggiungimento di essi richiede i più complicati ragionamenti, e per giunta diventa così complicato e composto di elementi tanto eterogenei l'aggregato in cui l'accordo dovrebbe prodursi?

Se la scienza si deve fondare sull'osservazione e sull'esperienza, noi dobbiamo constatare che gli esempi di questo genere l'esperienza non ce li fornisce, tranne che non si voglia ritenere per tale quello supposto, ma non dimostrato dalla teoria del predominio di classe.

§ 41. — Vedendo peraltro di non potere sostenere il prin-

cipio dell'accordo espresso e cosciente (cosa peraltro che apparisce chiara anche alle menti più infatuate), si è cercato da molti un rifugio nell'ignoto, come spesso avviene quando si vuole dimostrare una tesi che non trova l'appoggio dei fatti; e questo ignoto è stato comodamente trovato in quella regione inesplorata della coscienza, conosciuta solo in modo indiretto dai psicologi e ammessa piuttosto come un'ipotesi, anzi che come un fatto ben dimostrato, la regione cioè dei fenomeni incoscienti.

Rispetto a una regione non conosciuta la fantasia si può sbrigliare a piacimento, collocando e supponendo in essa le cose più strane, onde non era difficile di collocarvi anche quell'accordo unanime, quell'armonia di vedute che nella sfera dei fenomeni coscienti non è possibile di scorgere e tanto meno di dimostrare. E si venne così a poco a poco nell'idea che l'accordo delle classi dominanti per mantenere il dominio, con tutti i piani complicati che questo richiede, siano in gran parte un fatto incosciente e istintivo. Le classi dominanti si metterebbero d'accordo intorno al comune programma, non per una intesa espressa, ma sopra tutto in modo incosciente.

È peraltro curioso che questo modo di ragionare vada prendendo piede proprio quando i psicologi tendono in genere a mostrarsi più circospetti rispetto a questa zona ignota di fenomeni psichici, tanto che presso alcuni il concetto dell'incoscio trova assai poca fortuna (1). Ora, quando psicologi di professione si trovano ancora poco d'accordo circa la natura e la portata di questi fenomeni e alcuni ne negano addirittura la esistenza, è per lo meno imprudente attribuire ad essi, non diciamo fatti elementari della coscienza, ma i processi assai complicati che occorrerebbero in questo caso.

Ad ogni modo, dato che ciò sia, dato che un accordo di questo genere possa prodursi per opera d'impulsi incoscienti in seno di una classe sociale, occorre che la cosa venga psicolo-

---

(1) Vedasi Villa, *Psicologia contemporanea*. Torino, 1899, p. 491.

gicamente dimostrata, e una dimostrazione di questo genere non è stata ancora fatta. Potrà essa farsi?

Nello stato attuale della scienza non ci sembra che ciò sia possibile. Poichè non basta dimostrare l'esistenza di fenomeni incoscienti nella coscienza individuale, ma bisogna dimostrare l'esistenza di essi anche nella coscienza collettiva; e vedere di quale natura siano questi secondi, a quali processi si estendano, quale grado di complicazione possano assumere. Certo si è che bisogna procedere molto più guardinghi di fronte a questi secondi e se ne comprende assai facilmente la ragione. I primi si svolgono nella coscienza di un solo individuo e hanno quel comune sottostrato organico che manca nei secondi, e inoltre riposano sopra una omogeneità e solidarietà, diciamo così, di elementi psichici, che difficilmente può riscontrarsi nella coscienza collettiva. Onde perchè fenomeni incoscienti di quest' ultimo genere possano prodursi, occorre, o che le coscienze si svolgano all'unisono, o che si sviluppi una serie complicata d'impulsi tra una coscienza e l'altra tendenti a metterle all'unisono: impulsi tanto più complicati, quanto più complessi sono i processi a cui i fenomeni incoscienti devono estendersi. Ora tali condizioni suppongono appunto quella omogeneità, permanenza, frequenza e intensità di rapporti fra tutte le parti componenti, quali non si possono verificare in seno di organismi amorfi e oscillanti, quali sono appunto le classi sociali, almeno non vi si possono produrre nel grado che occorrerebbe in tal caso; per cui, senza negare che in seno di questi aggregati possano prodursi dei processi incoscienti, si può essere quasi sicuri che non vi possono aver luogo processi così complicati quali sono quelli che suppone la teoria. O per lo meno, una ipotesi di questo genere, è un'ipotesi così ardita, che non può accettarsi senza una prova assai chiara e assai convincente.

§ 42. — La teoria dell'assoluto predominio di classe non trova quindi uno scientifico fondamento nel modo come i processi rappresentativi si svolgono nelle coscienze associate. Ma essa non trova fondamento neppure nel modo come si svolgono i processi dei sentimenti. Infatti essa tiene conto soltanto di una

categoria di sentimenti: i sentimenti egoistici; e di questi neppure sotto tutti i loro aspetti, ma sotto un aspetto solo, quell'aspetto cioè che assumono negli antagonismi di classe.

Per ammettere infatti questa dottrina nella sua integrità, bisognerebbe supporre che, nella convivenza umana, non agissero altri sentimenti che i sentimenti egoistici di classe. Se invece si ammette, come del resto i fatti costringono ad ammettere, che vi possano essere altri sentimenti e che gli stessi sentimenti egoistici possano assumere altri aspetti, la dottrina in parola non si può reggere per un solo momento. Così, se rimanendo pur sempre nel campo dei sentimenti egoistici si osserva che, oltre a un egoismo di classe, vi può essere un egoismo di famiglia, di gruppo (1), o un egoismo di nazione, o un egoismo di campanile, o un egoismo di partito, di setta, anche di credenze, di scuole, di semplici cricche letterarie o scientifiche, la dottrina crolla immediatamente, poichè tutte queste altre forme di egoismo possono in vario senso arrestare, impedire, modificare l'azione dell'egoismo di classe, possono incepparne la libera azione e il libero svolgimento e rendergli impossibile di giungere a quelle conseguenze che la dottrina suppone e deve necessariamente supporre.

E non occorre lunga dimostrazione per far comprendere questo. Quando, per esempio, accanto agli egoismi di classe operano gli egoismi nazionali, lo spirito di classe non si può svolgere tutto intero, nè può sempre raggiungere un alto grado d'intensità, poichè esso viene continuamente costretto a concessioni, a limitazioni, a sacrifizi dall'azione dei sentimenti nazionali. Lo spirito di nazionalità viene inevitabilmente a comprimere certi attriti, a smussare certi antagonismi, a far sparire certe differenze, poichè anima tutti delle medesime aspirazioni, fa penetrare nella coscienza di tutti certi comuni bisogni, certi comuni desideri, certi comuni sentimenti, sopra tutto il sentimento di costituire una sola famiglia, di essere tutti legati

(1) Ci serviamo della parola *gruppo* per indicare gli aggregati più piccoli al di sopra della semplice famiglia.

da un certo comune vincolo di parentela, la tendenza quindi di promuovere gl' interessi di questa famiglia di fronte alle altre famiglie etniche, d'innalzare o di tenerne alte le sorti, di assicurarne possibilmente il predominio, tanto nel campo dei rapporti materiali, quanto in quello dei rapporti morali. In contrasto con tali sentimenti e con tali tendenze, gli egoismi di classe in qualche parte s' indeboliscono e devono cedere in più di un punto, permettendo, che oltre agl' interessi di classe vengano anche curati gl' interessi comuni della collettività etnica, almeno, sotto quegli aspetti e fino a quel grado che la prosperità dell' intero aggregato e le esigenze delle sue lotte con le altre nazioni possono richiedere.

Questo vediamo che è avvenuto sempre nella storia tutte le volte che una nazione si è costituita ed ha saputo affermare la sua individualità di fronte alle altre nazioni; ma è sopra tutto accaduto in quei paesi che hanno rappresentato una parte cospicua nella storia dell' incivilimento. Così a Roma (dove peraltro più che il comune sentimento di nazione opera il comune sentimento della *Civitas*) l' egoismo conservatore della aristocrazia a poco a poco cede di fronte all' altro sentimento ego-altruistico che spinge alla grandezza di Roma e al bene comune dello stato. Per cui la lotta fra patrizi e plebei « invece d' indebolire o di paralizzare, come osserva lo Jhering, la forza nazionale, l' ha invece ritemprata, eccitandola al più alto grado; l'opposizione tra l'elemento conservatore e retrogrado rappresentato dai patrizi, e l'elemento progressivo e attivo, rappresentato dai plebei, lungi dal portar pregiudizio allo sviluppo del diritto, gli ha al contrario dato l'unità, l'uniformità e la continuità nel progresso » (1). E quel che si dice di Roma, si può dire, in condizioni e proporzioni diverse di tanti altri paesi ove lo spirito di nazionalità e lo spirito politico è stato assai vivo.

Come gli egoismi nazionali esercitano un' azione unificatrice, gli egoismi di gruppo, di campanile, di partito ecc. eser-

---

(1) Op. cit., vol. I, p. 331.

citano un' azione disorganizzatrice e dissolvente di fronte agli egoismi di classe. Così gli egoismi di campanile inducono lo spirito di classe a cedere di fronte alle esigenze dello spirito locale e quando si trovano in contrasto con esso, non è sempre detto che abbiano il sopravvento. Del resto, la fisionomia diversa che le classi assumono e la diversa attitudine che serbano nelle varie località, mostrano ad evidenza come i loro egoismi cedano alle esigenze dello spirito locale.

Un fatto di genere affine si osserva quando si guarda all'azione degli egoismi di gruppo, i quali sono sempre, più o meno, in contrasto con gli egoismi di classe. È infatti difficile che una classe sia in tutto omogenea e uniforme; essa si mostra per lo più divisa in gruppi tanto più numerosi e importanti, quanto più la classe è estesa e comprende elementi disparati. Questo deve necessariamente accadere delle classi alle quali si riferisce la teoria di cui discorriamo. Essi non sono aggregati semplici, ma aggregati molto complesse. La classe dominante, la classe economicamente o etnicamente più forte, così come viene concepita dalla teoria, non è in fondo che un insieme di gruppi di varia estensione e di varia importanza che si congiungono per certi scopi determinati, quale sarebbe in tal caso il desiderio di dominio. Ciascuno di questi gruppi è naturalmente dominato dai suoi peculiari sentimenti egoistici, i quali possono trovarsi fra loro in armonia, ma possono anche trovarsi in contrasto, e molte volte infatti vi si trovano; e in tali casi non sono sempre gli egoismi di classe che finiscono per avere il sopravvento. Per una legge psichica, secondo la quale, a parità di condizioni, i sentimenti vengono perdendo in intensità a misura che acquistano in estensione, accade che gli egoismi di gruppo riescano ad ottenere il sopravvento. Essi infatti sono generalmente più vivi e più tenaci, perchè promossi e mantenuti da interessi più prossimi e più chiaramente percepiti, da rapporti che si svolgono in modo più diretto fra le persone interessate, da contatti più immediati, da fatti che toccano più da vicino. Si pensi, ad esempio, agl' interessi di parentela, agl' interessi professionali, allo spirito di corpo, agl' interessi di

ufficio e via discorrendo. Essi creano forme di egoismo così accentuate, antagonismi e contrasti così vivi in seno delle mederne società, da imbarazzare la mente del sociologo, da paralizzare l'opera del legislatore, da mandare a monte anche le previsioni e le ipotesi più prudenti e più circospette. Altro che favorire accordi per il comune dominio!

Vi è poi l'azione dissolvente e in pari tempo ricostituente dell'egoismo di partito. Agli egoismi ristretti di gruppo, come agli egoismi larghi di classe o di nazione, il partito sostituisce una forma di egoismo, nè tanto estesa, nè tanto ristretta, ma in tutti i casi assai intensa ed efficace, sia perchè il partito mira direttamente al conseguimento di scopi pratici, sia perchè esso si può proporre scopi assai chiari e precisi e può formularsi tutto un programma esplicito per guida della sua condotta, sia perchè ordinariamente possiede un'organizzazione abbastanza sviluppata ed è fornito di organi rivolti a promuovere gli accordi fra le parti, ad alimentare i comuni sentimenti di solidarietà, a determinare una comune forma di volere e di agire. Certo i partiti possono avere a fondamento interessi di classe, ma possono avere a fondamento anche interessi diversi in contrasto con gl'interessi di classe e quindi con gli egoismi cui tali interessi possono dare origine. Le due categorie d'interessi come le due categorie di egoismi non sempre combaciano fra di loro. In certi momenti e in certe condizioni politiche e sociali esse maggiormente si avvicinano, mentre in altri tempi e in altre condizioni maggiormente si allontanano. I partiti che sorgevano, ad esempio, nelle piccole città greche o nei comuni medievali potevano essere abbastanza omogenei nella loro composizione e in essi gl'interessi di classe potevano, fino a un certo punto, costituire la base principale; ma nei nostri vasti organismi politici questo difficilmente può accadere. Quivi le linee divisorie delle classi si cancellano e diventa più possibile quello che non era infrequente anche in altri tempi, che cioè ciascun partito risulti da elementi diversi appartenenti alle classi più disparate. Anzi è quasi inevitabile che questo accada, poichè i partiti sono in gran parte determinati da tendenze e da

sentimenti che spesso variano non solo in seno di una medesima classe, ma anche in seno di un piccolo gruppo e perfino in seno di una medesima famiglia. A preferenza poi ciò avviene in seno dei vasti aggregati politici, dove ciascun partito abbraccia un numero assai grande di persone ed estende la sua organizzazione sopra un vasto territorio.

Ma se questo avviene quando si tratta di partiti politici veri e propri, aventi scopi obbiettivi e obbiettive ragioni di essere, tanto più deve poi accadere quando si tratta di partiti costituiti a base d'interessi personali e di personali influenze, perocchè allora gl'interessi di classe vanno del tutto in seconda linea e sono del tutto trascurati, massime quando si trovano in contrasto con gl'interessi personali, che sono quelli che finiscono per avere sempre il sopravvento. Si guardi ai partiti parlamentari come si costituiscono e si muovono in molti dei nostri moderni stati e si vede subito quanto poco si curino essi degl'interessi di classe quando si tratta di favorire i loro speciali interessi, e come gli egoismi di altra natura si smussino di fronte agli egoismi delle persone, che li compongono.

§ 43. — Nella dottrina che critichiamo troviamo adunque un incompleto, anzi troppo unilaterale apprezzamento dei sentimenti egoistici.

Ma, nella coscienza umana non operano soltanto sentimenti egoistici, operano anche sentimenti altruistici, la cui azione anzi cresce e acquista importanza con lo sviluppo dell'incivilimento e con l'influenza dell'educazione. Se trascuriamo l'azione di questi sentimenti, una gran parte dei fatti e dei rapporti umani ci rimangono inesplicati. Come si spiegherebbe, ad esempio, quello spirito di carità, quel bisogno di beneficenza che in certi secoli specialmente dà origine a una quantità grande d'istituzioni, quello spirito di sacrifizio a vantaggio del prossimo, che è il movente di tante azioni generose, quelle tendenze umanitarie, che ispirano tanti atti eroici? La teoria, disconoscendo tutta una metà della psicologia del sentimento, non tiene alcun conto dei moventi di questo genere; altrimenti dovrebbe ammettere che accanto agli egoismi di classe e insieme con

essi operano anche sentimenti altruistici di varia natura, i quali con forza alle volte irresistibile, almeno crescente col crescere della cooperazione e della solidarietà umana, inducono le classi dominanti a prender cura delle classi soggette anche a scapito degl'interessi propri. In tal modo quella dottrina si preclude la via alla spiegazione psicologica di una quantità di avvenimenti storici, sopra tutto di quelli che si svolgono nel passaggio da una ad altra forma sociale, da una ad altra forma politica e nei momenti di rivoluzione, quando, per la tensione che si produce nelle coscienze, i sentimenti, tanto altruistici che egoistici, acquistano un grado elevato d'intensità e la loro azione si centuplica. Allora bisogna proprio chiudere gli occhi di fronte alla realtà per negare l'influenza di quei sentimenti.

È stata citata la rivoluzione francese come uno degli esempi ancora recenti e certo dei più notevoli (1), poichè in essa, sotto più di un aspetto, si osserva come i sentimenti altruistici abbiano condotto molto più in là dei ristretti egoismi di classe; ma possiamo anche ricordare gli esempi ancor più recenti che ci fornisce la rivoluzione italiana, durante la quale la causa della libertà e della indipendenza fu spesso sostenuta in contrasto con gli egoismi delle classi più elevate. Possiamo anzi osservare che in tutti i movimenti di rivoluzione e di riforma i nuovi sentimenti e le nuove idee non si fanno in genere valere per opera di persone appartenenti a una classe sola, ma per opera di persone appartenenti alle diverse classi, che posseggono coscienze più sviluppate e sensibili, in cui possono vibrare i sentimenti più nobili e più generosi e possono più facilmente prodursi le nuove forme di associazione di sentimenti e d'idee. Per tal modo il moto di riforma riesce a poco a poco a guadagnare le diverse classi sociali, e solo quando sia riuscito a superare i limiti ristretti dell'egoismo di classe si può dire che la sua vittoria sia definitivamente assicurata. Per cui accade

---

(1) Si vedano in proposito le bellissime osservazioni del prof. Vanni nelle *Lezioni* citate.

che l'emancipazione e lo sviluppo di una classe difficilmente è opera soltanto della classe medesima, per lo più è l'effetto degli sforzi della classe stessa combinati con quelli delle altre classi, che si uniscono ad essa, non soltanto per impulso di sentimenti egoistici, ma anche per impulso di sentimenti di simpatia e di solidarietà sociale.

Questo fenomeno si svolge anche ora sotto i nostri occhi con l'interessamento crescente per lo classi proletarie e col moto sempre più accentuato di riforme sociali. Se vi è una questione sociale ai giorni nostri, essa non è dovuta soltanto all'azione incomposta di bisogni nuovi, che non trovano il modo di essere accontentati negli attuali ordinamenti, o all' impulso istintivo di nuove tendenze, quali si rivelano negli animi rozzi dei proletari; ma è anche dovuta all'azione di nuove idee, di nuove aspirazioni, di nuovi sentimenti, che si sono venuti maturando nelle coscienze di persone appartenenti alle più diverse classi sociali. Promossi dai nuovi bisogni, tali sentimenti hanno anche servito ad alimentarli; e coloro che da essi sono animati non appartengono esclusivamente alla classe dei proletari, che sperano di avvantaggiarsi con un nuovo ordinamento sociale, ma appartengono anche per nascita, per educazione, per genere di vita e di professione alle così dette classi borghesi. Si può dire anzi che i proletari siano in genere organizzati e diretti da persone provenienti da altre classi, le quali mosse da sentimenti altruistici (quando non siano spinte da ambizioni o da secondi fini) simpatizzano con le classi lavoranti e sofferenti e prendono a difendere gl' interessi. Senza questo aiuto e questa spinta, le classi proletarie difficilmente riuscirebbero ad organizzarsi e a trovare la formula del loro programma.

Un altro fenomeno psichico di cui tale teoria non tiene il debito conto è l'azione dei sentimenti che potremmo chiamare pseudo-altruistici, cioè a dire, di quei sentimenti che assumono aspetto altruistico mentre hanno contenuto egoistico. Essa non ne apprezza debitamente la natura e l' influenza. Pur ammettendo che una classe possa fingere di prendere a cuore gl' interessi di un' altra classe, mentre in realtà non fa che difendere

e far valere gl'interessi propri, non riconosce poi che anche i singoli individui possono fare il medesimo giuoco, non più per favorire gl'interessi della classe cui appartengono, ma per favorire gl'interessi propri. E pur questo è uno dei fenomeni più frequenti, che si verifica tanto nelle lotte di partito che nelle lotte di classe, e per cui molte volte accade che le classi soggette muovono alla riscossa guidate appunto da persone appartenenti alle classi dominanti. Gli spostati, gli scontenti, gli ambiziosi, coloro che non hanno potuto ottenere in seno della propria classe o del proprio partito il posto, la considerazione, il grado d'influenza cui ambivano e di cui si credevano degni, formano sempre una schiera numerosa. Essi vogliono farsi avanti ad ogni costo e trovano nelle aspirazioni legittime, come nelle ingordigie delle classi scontente, o nelle file del partito avversario, un facile sgabello per salire. Quanti ricchi signori, quanti *grassi borghesi* non entrano, ad esempio, fra le ampie braccia del partito socialista con non altro intento che quello di emergere, di farsi strada, di prepararsi una carriera o un grado elevato di considerazione? Basta guardare a quello che specialmente accade nei momenti di lotta elettorale, ai retroscena della vita politica, alle conversioni della vigilia, per vedere come il fenomeno si produca.

Ora quale è la conseguenza di tutto ciò? Da questo lavorio non risultano avvantaggiati soltanto gl'interessi dei *pseudo-altruisti*, ma anche gl'interessi del partito e della classe cui essi s'iscrivono e a cui favore, sia pure apparentemente, essi lavorano. Essi fanno l'interesse proprio, ma vengono anche a fare gl'interessi di quegli altri, i quali si trovano alle volte a ricevere da parte di questi o per influenza della loro opera benefizi anche maggiori di quelli che potrebbero ricevere da coloro che agiscono in buona fede e per solo impulso di veri sentimenti altruistici. Il zelo degl'interessati personalmente è spesso cieco ed esagerato come quello dei neofiti e perciò può produrre conseguenze che non prevedono, nè si curano di prevedere coloro che ne sono stimolati. Il meccanismo di questi sentimenti e di quest'impulsi rappresenta adunque una parte importante nel-

l'economia della società e non può essere debitamente apprezzato se non quando si guardano i sentimenti sotto questi molteplici aspetti.

§ 44. — Se dai sentimenti passiamo ai processi della volontà, sia individuale che collettiva, vediamo che neppure con essi quella teoria si trova d'accordo. E ciò si comprende subito, poichè i processi volitivi sono così collegati con gli altri processi della coscienza, sopra tutto con quelli dei sentimenti, che non si possono svolgere indipendentemente da essi e in modo diverso; onde se gli altri processi non si trovano d'accordo con la teoria, neppure possono trovarsi d'accordo con essa i fatti della volontà.

Come la volontà singola è nel suo interno una forza che domina e dirige i fenomeni della coscienza; così essa è nel suo esterno una forza che dirige la condotta dell'individuo di fronte agli altri e tende a far valere la propria individualità o a resistere più o meno all'influenza dell'individualità altrui. Onde si produce nella convivenza una lotta di volontà, per la quale le volontà più forti acquistano il sopravvento sulle volontà più deboli. L'azione che un individuo può esercitare sopra gli altri individui è, fra gli altri fatti, determinata dalla forza della volontà, questa forza è anzi una delle cause più importanti d'influenza, poichè è quella che, a così dire, raccoglie e fa valere tutte la altre cause d'influenza. Infatti, si raccolgono intorno alle volontà più forti, come intorno a tanti centri d'azione e d'influenza, le volontà più deboli e in tal modo si costituiscono in ultima analisi tutte le formazioni coscienti e attive della convivenza. Ora, perchè la teoria che combattiamo si metta in armonia con questi fatti psichici, occorrerebbe poter dimostrare che le volontà più forti si trovino soltanto in quelle date classi dominanti, e che perciò esse riescano sempre a costituire centri di azione e di resistenza capaci di opporsi a quelli delle classi soggette, per guisa da tenerle sempre sotto il proprio giogo.

Noi vediamo invece che nella realtà questo non sempre accade e che alle volte anzi può accadere che le classi dominanti dominino soltanto di nome e che le classi dominate siano

poi nel fatto le classi dominanti. Non è raro incontrare nella storia questo fenomeno d'indebolimento della volontà delle classi dominanti, per cui pare che si produca in esse una specie di esaurimento senile della propria energia; fenomeno questo che non solo nei singoli individui si può osservare, ma anche in intere classi, come in interi popoli. Così non è chi non conosca l'energia, la forza di volontà e di adattamento di certe nuove composizioni etniche (gli Americani, i Boeri ecc.) e la debolezza di energia dei popoli in cui l'incivilimento è in certa guisa invecchiato. E non diversamente può accadere per le classi sociali. Per esempio, al tempo della rivoluzione francese è notevole la mancanza di energia, la debolezza di volontà da parte della classe aristocratica, la quale si lasciò prendere la mano e condurre al macello, senza opporre la benchè minima resistenza; mentre una qualunque resistenza da parte di essa, come notò il Taine, avrebbe forse potuto condurre a risultati alquanto diversi. E il medesimo fenomeno, sotto altre proporzioni e sotto altro aspetto, si può anche osservare ai giorni nostri, ove tra le cause che fanno sempre più guadagnar terreno ai partiti estremi vi è appunto la debolezza di volontà e di energia da parte della così detta borghesia dominante.

La forza di volontà è un elemento prezioso di dominio, è un elemento fondamentale, poichè da essa dipende sopra tutto la forza di organizzazione. Ora questa forza di volontà non è sempre posseduta in proporzione della posizione che occupano nella convivenza, tanto gl'individui singoli, quanto le classi sociali. Le due cose non sempre combaciano fra di loro, e tra l'una e l'altra vi può essere un grado maggiore o minore di distacco, poichè esse non dipendono dalle medesime cause, ma sono determinate da cause diverse, che possono, secondo i casi, convergere o divergere. La posizione sociale o politica dominante di una classe, può dipendere dalla energia di un tempo, la quale essendosi esaurita quale forza attiva, si conserva quale forza passiva per opera delle tradizioni, delle abitudini ecc. proprie e delle altre classi; come può anche dipendere dalla sua energia attuale. E parimenti, la posizione di una classe sog-

getta può dipendere dalla sua mancanza di energia, come da mille altre cause, quali: la non piena coscienza delle proprie forze, le tradizioni e le abitudini di obbedienza, la mancanza di occasioni atte a mettere in rilievo l'energia latente, il rispetto delle forme attuali, e via discorrendo.

Onde può facilmente prodursi un distacco fra l'energia effettiva e la posizione sociale e politica di una classe; tale distacco può generare un contrasto, il quale, a misura che si accentua, può condurre a una delle tre soluzioni diverse; la evoluzione nascosta, la riforma aperta, la rivoluzione: tutte e tre intese a mettere in armonia l'energia effettiva con la effettiva posizione di una classe sociale.

Prendiamo il primo caso che è quello che si opera più di frequente dove, sopra tutto, le classi non sono chiuse. Il fenomeno che allora si produce è una crescente influenza delle classi soggette o dei nuovi elementi dotati di maggiore energia di volontà, entro le vecchie forme sociali e politiche, nelle quali e con le quali si era affermato il dominio degli elementi predominanti. Dietro di essi i nuovi elementi si affermano e ai vecchi rimane una supremazia, che a poco a poco diventa puramente formale. È un fenomeno questo che nella storia si verifica parecchie volte e di cui abbiamo esempi parziali non infrequenti nelle nostre moderne società. Quante volte dietro l'apparente predominio di un partito vi è l'effettivo predominio di un altro partito, come dietro l'apparente volontà di una persona, vi è l'effettiva volontà di un'altra più energica, che in vario senso influenza, suggestiona, domina e dirige la prima? Queste coordinazioni di volontà possono assumere gli aspetti più diversi, che non è qui il caso di analizzare; quello che peraltro qui c'importa è questo, che l'energia effettiva non sempre può affermarsi in tali casi sulla energia apparente, perchè allora neppure le forme andrebbero rispettate e il cambiamento assumerebbe il carattere della rivoluzione; invece avviene una specie di aggiustamento, di *menagement* delle prime con le seconde e quindi una conciliazione o transazione d'interessi più o meno a vantaggio degli uni o degli altri, secondo che è più forte l'influenza delle nuove

energie o la resistenza delle vecchie forme. In tutto ciò non abbiamo un assoluto predominio degli uni sugli altri, ma abbiamo forme varie di combinazioni e di conciliazioni, le quali non si trovano d'accordo con la dottrina esclusiva della classe dominante.

Talè dottrina non si trova neppure d'accordo col fatto estremo della rivoluzione, però che essa è determinata solo apparentemente da un movente unico o da pochi moventi, i quali possano apparire quali interessi di una classe o di un partito; nel fatto viene invece prodotta da moventi molteplici, che operano in modo svariato nelle diverse volontà, e il cui risultato finale è pur sempre una forma di conciliazione fra i molteplici interessi e le molteplici energie volitive. La rivoluzione infatti non è generalmente caratterizzata da un moto solo, ma da una serie di moti; o se vogliamo, accanto a un moto principale vi è una quantità più o meno grande di altri moti che si esplicano in vario senso (azioni e reazioni), i quali rappresentano le diverse tendenze e i diversi impulsi delle energie volitive e conducono alle diverse forme di aggiustamento e di conciliazione fra gl' interessi e le volontà disparate. Come appunto ad un grande rivolgimento tellurico seguono una quantità di movimenti secondari determinati dal nuovo assestamento che vanno a poco a poco assumendo le rocce e gli strati sconvolti. Si può dire poi in genere che più le società sono complesse e più numerosi diventano questi aggiustamenti, poichè più numerosi sono e più vari gli elementi e le energie che cercano un assetto nuovo. Solo in una società molto semplice si possono avere forme di dominio nettamente caratterizzate da un profondo distacco fra le classi dominanti e le classi dominate; a misura che l'incivilimento progredisce e le condizioni si complicano, le forme di dominio alla loro volta si complicano e s' intrecciano in mille maniere e perdono quell'aspetto caratteristico, che avevano nel principio, perchè cresce nella convivenza il numero dei centri attivi che vogliono farsi valere, come crescono i modi e i mezzi con i quali riescono a farsi valere in ragione della loro forza psichica.

§ 45. — Noi usciremmo troppo dai limiti che ci siamo imposti qualora volessimo seguire in tutte le sue manifestazioni il fenomeno della coordinazione delle volontà in seno dell'aggregato. Per gli scopi nostri basta richiamare l'attenzione del lettore sopra alcuni fatti soltanto che a preferenza valgano a mettere in più chiara luce l'inconciliabilità della teoria che critichiamo con le basi psicologiche della società e del diritto.

Uno dei fenomeni che in questi ultimi tempi è stato molto studiato e che certamente costituisce uno dei più importanti elementi di coesione sociale e una delle manifestazioni più notevoli della vita in comune, è l'imitazione. Essa trova la sua duplice base nella inerzia psichica e nel bisogno di adattamento. Per opera di essa gl'individui e i gruppi associati sono indotti ad accettare quel che gli altri hanno fatto piuttosto che a fare di nuovo, a seguire anzichè ad iniziare. Così, per mezzo dell'imitazione, le forme di ordinamento politico e sociale, gli usi, i costumi, gl'istinti, le lingue, le credenze, si diffondono da un paese ad un altro, da una ad un'altra parte della convivenza. Come rispetto a tutti gli altri fatti della vita sociale, l'imitazione produce la sua influenza anche nei rapporti di classe. Occorrono barriere molto forti, opposizioni molto vive, condizioni molto speciali, perchè l'imitazione non operi i suoi effetti e non faccia sentire la sua influenza lenta, ma irresistibile, promuovendo avvicinamenti nelle idee, nei sentimenti, negl'interessi e quindi anche nelle volontà e nei costumi.

Tale influenza si fa notare anche quando la legge o il costume vi si oppongono e sono infiniti e ingegnosi i sotterfugi, i ritrovati, i modi sotto cui si nasconde l'imitazione nei rapporti di classe quando essa non si può esplicare direttamente. Ora è la classe dominata che imita la classe dominante, ed è il caso più comune; ora è la classe dominante che imita la classe dominata, ed è il caso più raro; ora sono le varie classi che s'imitano reciprocamente sotto diversi aspetti e in varie proporzioni, o imitano modelli comuni provenienti dal di fuori o dal di dentro; e sono forse i casi più frequenti di tutti. Non vi è, del resto, regola fissa, nè vi può essere, poichè ciò che

crea o inventa è la forza psichica, sono gli elementi, le energie più forti, gli elementi psichici più deboli imitano o riproducono in maggiori o minori proporzioni. E l'energia psichica si distribuisce in vario modo indipendentemente dalla divisione delle classi. Valori psichici, energie di prim'ordine possono sorgere indifferentemente in seno di una classe o di un'altra. Ma non solo si distribuisce in diverso modo nelle diverse classi, anche in seno degli stessi individui l'energia psichica può essere differentemente distribuita nei diversi processi della rispettiva coscienza. Nessun individuo si può dire assolutamente forte o assolutamente debole rispetto a tutti i suoi processi psichici, anche quando si tratti di processi della medesima specie, quali appunto i processi volitivi. Per cui si ha un intreccio inestricabile d'influenze imitative, che in vario senso sventano e distruggono i piani preconcetti di dominio e di supremazia, massime nei paesi dove i costumi hanno prodotto un avvicinamento di classi e hanno reso possibili i passaggi dall'una classe all'altra.

Così, può avvenire che le stesse idee, le stesse teoriche, gli stessi sentimenti, che più sono in armonia con gl'interessi delle classi soggette si diffondano quasi per contagio fra le classi dominanti, come all'epoca della rivoluzione francese e all'epoca attuale. Al movimento delle idee e dei sentimenti segue poi quello delle volontà e seguono le trasformazioni corrispondenti nel campo del diritto.

§ 46. — Altro fatto non meno importante è l'abitudine, altra manifestazione della forza d'inerzia psichica. L'abitudine è una cristallizzazione di atti e di rapporti che ha acquistato forza e autorità per mezzo della ripetizione. Essa può trovarsi in contrasto con gl'interessi anche più vivi, più vitali e più diretti, come vediamo, ad esempio, nel caso della clientela di un professionista, degli avventori di un commerciante, dei soci di un'impresa, i quali sebbene non pienamente soddisfatti dei servizi, della qualità e quantità della merce, dei vantaggi che ottengono e qualche volta anche malgrado i danni che ricevono, continuano a far capo a quelle persone, a persistere in quel dato genere di attività; e non si danno la pena di trovare

o di far meglio, quantunque potrebbero e alle volte anche con isforzo minimo avrebbero la possibilità di riuscire.

Certo è difficile che un' abitudine si possa costituire in contrasto assoluto con i bisogni fondamentali della convivenza e con le fondamentali condizioni di adattamento individuali e sociali, chè se si costituissero, esse condurrebbero alla distruzione della stessa convivenza. Ma di abitudini che si trovino in contrasto con interessi di persone e di gruppi e quindi anche di classi, possono costituirsene in vario modo e in vario senso; massime poi quando si tratta di fatti e di rapporti che, se si trovano in contrasto con interessi parziali, armonizzano invece con gl' interessi generali della convivenza e accennano a un grado di adattamento più completo e di evoluzione più progredita. Non solo negli aggregati umani, ma negli aggregati animali in genere, le abitudini e gl' istinti si costituiscono, non in guisa soltanto da favorire l'adattamento dei singoli, ma in guisa da favorire anche gli adattamenti collettivi. E questa è conseguenza di una legge di carattere generale che vediamo operante in tutto il campo dei fenomeni biologici, e cioè la legge in forza della quale l'utilità della specie è preferita all'utilità del singolo individuo e anche d'interi gruppi d'individui. Questa legge, pur assumendo aspetto diverso, opera anche in seno degli aggregati umani e in vario senso influenza le formazioni sociali, favorendo quelle tendenze, quegl' istinti, quelle abitudini, che più riescono favorevoli alla conservazione della specie umana, anzi che a quella dei singoli individui o delle singole parti.

Lo stesso processo in base al quale l'abitudine si costituisce dimostra che questo deve inevitabilmente accadere. Come abbiamo avuto infatti occasione di vedere in un altro scritto (1), gli atti che sono più favorevoli all'adattamento degl' individui alla convivenza sono quelli che vengono a preferenza ripetuti, ed essendo la ripetizione la base dell'abitudine, ne segue

---

(1) Vedi *Forza obbligatoria della consuetudine giuridica.* Perugia, 1899, pag. 123 e seg.

che quegli atti devono dare origine alle abitudini più solide e più radicate. Per conseguenza, le abitudini più importanti e più resistenti, non possono essere quelle che favoriscono gl' interessi di uno o di un altro gruppo, sibbene quelle che favoriscono gl' interessi comuni, come in genere sono, nel regno animale, più forti e più radicati quegl' istinti che si riferiscono alla conservazione della specie, anzi che quelli che si riferiscono soltanto alla conservazione dell' individuo. Nella specie umana poi l'adattamento più complesso e più cosciente, se può apportare in questa generale tendenza degli spostamenti e delle modificazioni parziali, viene in genere a rinforzarla, però che più le esigenze diventano complesse e più occorre che le condizioni essenziali acquistino rilievo quali punti di appoggio e basi fondamentali dell'adattamento; e più l'adattamento diventa cosciente, più sarà possibile di scoprire questi speciali punti d'appoggio. Soltanto che (appunto per l' intervento dell'elemento cosciente) la legge della conservazione della specie si presenta a preferenza nelle umane convivenze come legge di conservazione della collettività; gli è perciò che gli atti più favorevoli alla collettività vengono maggiormente ripetuti. I seguaci della teoria che critichiamo non si sono resi pieno conto di questa generale legge di conservazione, come del resto non se ne rendono conto tutti coloro che, mettendosi da certi punti di vista unilaterali, credono di scoprire ogni tanto delle nuove leggi regolatrici dei rapporti umani.

Ora, come abbiamo dimostrato nello scritto citato più sopra, l'abitudine costituisce la base prima della consuetudine giuridica, che per lungo tempo è stata la fonte prima e più importante del diritto, e non ha perduto la sua importanza neppure ora, specialmente in alcuni rami della giurisprudenza (diritto commerciale, internazionale, costituzionale ecc.). Per cui, se per l'abitudine in genere non si può affermare che essa si costituisca in modo da favorire esclusivamente gl' interessi di classe, tanto meno può essere questo affermato per la consuetudine giuridica. Come si può infatti dimostrare che questa formazione spontanea, semi-cosciente, che sorge a misura che

certe esigenze si manifestano, che certi fatti e certi rapporti si ripetono in forza di organiche necessità, sia invece dovuta a un accordo preso dalle classi dominanti per favorire i loro soli interessi? Per quanti studi si siano fatti intorno all'origine e alla forza obbligatoria della consuetudine, non ci sembra che una tale dimostrazione sia stata data.

Ma, oltre che dalla ripetizione, la consuetudine viene determinata dalla *opinio juris*, che ne costituisce il lato formale e la ragione giuridica della sua obbligatorietà; e l'*opinio juris* sorge anch'essa spontanea nella coscienza pubblica come spontaneo sorge nei rapporti il fatto della ripetizione. Si vorrà sostenere che l'*opinio juris* è anch'essa un prodotto delle classi dominanti? Ma allora come avviene che questo convincimento diventa generale senza distinzione di classi? Sono i giuristi che operano un tale effetto, i giuristi appartenenti alle classi dominanti o ad esse legati? Occorrerà allora dimostrare come si produce il convincimento giuridico rispetto a quelle consuetudini, che pure sono riconosciute come tali dalla coscienza popolare e non furono ancora elaborate dai giuristi. Sorge nel campo dei rapporti commerciali, ad esempio, una consuetudine che spoglia i contratti commerciali da certe formalità, o sorge nel campo del diritto civile un'altra consuetudine che regola certi rapporti di vicinato. Nel primo caso, il bisogno di una maggiore celerità e semplicità per gli atti di commercio, nel secondo caso certe esigenze determinate dal fatto della vicinanza, hanno dato origine alla consuetudine, in quanto che le forme di rapporto le quali più riuscivano favorevoli a quelle esigenze si sono costantemente ripetute e hanno fatto sorgere l'*opinio juris*.

Che ci ha a vedere in questi casi l'antagonismo di classe e in che modo gl'interessi della classe dominante sono riusciti a farsi valere a scapito della classe dominata?

§ 47. — Sia adunque che si ponga mente ai processi rappresentativi, sia che si ponga mente all'azione dei sentimenti, sia che si guardi infine ai processi volitivi che stanno a base delle formazioni sociali e quindi delle formazioni giuridiche, una

tale teoria non si regge, perchè non ha fondamento psichico, o per meglio dire, la sua base psichica non risponde alla realtà, al modo come effettivamente i fenomeni psichici si comportano negl' individui e nelle convivenze. Essa si fonda sopra l'osservazione incompleta e sopra l'esagerazione di alcuni processi, e trascura tutti gli altri, non rendendosi debito conto di tutta la complessità dei fenomeni psichici. E perciò riesce anch' essa una teoria semplicista, pari a quelle che deliziavano la filosofia intellettualistica del secolo XVIII e per cui la religione era inganno di preti e la società era effetto di un semplice contratto.

È quindi naturale che questa dottrina si trovi anche in contrasto con le leggi della evoluzione psichica, quali furono determinate dalla più recente psicologia.

Il prof. Vanni, nelle *Lezioni* di filosofia del diritto già citate, nota come questa dottrina si trovi in contrasto con la *Legge della eterogeneità dei fini*, la quale ha tanta importanza nella formazione dell'etita e, in genere, degl' istituti sociali e giuridici. A causa infatti dello spostamento che si produce nei fini per via delle sintesi sempre nuove che si succedono nella nostra mente e della complessità dei fenomeni sociali « manca o può mancare la corrispondenza fra i motivi e i risultati delle azioni e delle istituzioni. Non sempre i risultati che dalle istituzioni si ottengono, corrispondono ai motivi per i quali sono state stabilite ». Ora, non si può negare che questo fatto abbia avuto e abbia una « larghissima parte nel determinare i rapporti di interessi nella formazione storica del diritto. E molte volte si è verificato che, mentre certe istituzioni erano state stabilite nello speciale interesse di una certa classe, esse, nel loro risultato hanno finito per allargarsi fino a comprendere un interesse generale, collettivo » (1). Così ammesso pure che i principî di libertà e di eguaglianza, onde sono dominate le moderne legislazioni, siano dovuti all' interesse delle classi domi-

(1) Vanni, op. cit pagg. 527 28.

nanti, essi sono in seguito riusciti di vantaggio anche alle classi soggette e di tutta intera la comunità.

Ma questa teoria si trova in contrasto anche con tutte le altre leggi psichiche. La legge di *accrescimento* della *energia psichica*, che è una legge fondamentale per la psicologia moderna, poichè ad essa si possono più o meno ricondurre tutte le altre, non può in verun modo conciliarsi con la dottrina che critichiamo. L'accrescimento della energia psichica non è un fatto che si verifichi in alcuni individui soltanto o in una classe d'individui, ma, in diverse proporzioni, si verifica in tutti gli individui, principalmente nelle società, così dette, progressive. E verificandosi, più o meno, in tutti gl'individui, deve necessariamente produrre modificazioni, che spostano i rapporti fra le classi sociali e le forme o le condizioni di dominio e di dipendenza, che possono essersi prodotte nei loro rapporti. Perciò che due diverse epoche storiche non si rassomigliano, non solo per ciò che si riferisce agli elementi sociali, in cui risiede il dominio, ma anche per ciò che si riferisce ai rapporti fra dominanti e dominati. Questi spostamenti possono riuscire a vantaggio degli uni o a vantaggio degli altri, secondo il modo con cui l'energia psichica si va accumulando in questi o in quelli. Per essere vera la teoria che critichiamo, bisognerebbe provare che l'energia psichica si vada a preferenza accrescendo nei componenti di una data classe e che nei componenti delle altre classi questo accrescimento non si produca o si produca sempre in proporzioni inferiori. Ora, non solo non è dimostrato questo, ma pare che accada tutto l'opposto, però che si verifica più o meno nelle classi dominanti una specie di degenerazione che più o meno turba il regolare accrescimento della energia psichica (1).

Comunque sia peraltro, questa legge psichica opera anche indipendentemente dai confini fra le classi sociali e perciò tende con la sua azione a farli sparire. Il miglioramento delle condizioni materiali e spirituali in ciascuna convivenza, la maggior

(1) Jacoby, *Études sur la selection*, Paris, 1881.

somma di benessere che si produce e si diffonde, non in seno di una classe soltanto, ma in seno d'interi aggregati e quindi la partecipazione sempre più estesa da parte di tutti i gruppi sociali, non solo al governo, ma anche ai benefizi della consociazione, ne sono una conseguenza. Attraverso la storia vediamo infatti che spesso nuovi gruppi, nuove classi sociali si emancipano, si affermano, fanno sentire la loro influenza e vogliono una parte sempre più larga nei diritti, negli utili, nella cooperazione che si stabilisce fra gli elementi aggregati; e questa cooperazione tende perciò a diventare non solo più attiva ed intensa, ma anche più generale ed estesa. Di questo movimento ascensionale delle classi infime le classi alte non potrebbero non tener conto, e vediamo che esse sono infatti costrette a tenerne conto, quando non fosse per la necessità stessa delle cose, per la stessa considerazione egoistica dei loro particolari interessi; e per tenerne conto, esse sono costrette a curare anche gl'interessi di tali classi o almeno, a recedere mano mano dall'opposizione, lasciando che le nuove classi provvedano per proprio conto agl'interessi propri.

Ma vi è ancora un altro lato da osservare nel fenomeno dell'accrescimento dell'energia psichica rispetto alla questione, di cui ci occupiamo, e questo lato è appunto costituito dalla crescente prevalenza che, con l'accumularsi dell'energia psichica, gli elementi psichici acquistano sugli elementi puramente fisiologici, e gli elementi psichici di ordine superiore acquistano sugli elementi psichici di ordine inferiore. Vi è tutta una scala ascendente di sviluppo nei fenomeni della coscienza, perchè questa, a misura che si accumula e si accresce l'energia psichica, non solo si va mano mano emancipando dagl'impulsi di ordine fisiologico, ma si va anche emancipando dagl'impulsi di ordine inferiore, per obbedire ad impulsi di ordine più elevato. I processi rappresentativi si complicano e danno origine a forme di generalizzazione sempre più vaste, a forme di pensiero sempre più alte e complesse; i sentimenti si raffinano e si espandono e assumono forme più delicate, contenuto più ricco; i processi volitivi si svolgono fra elementi psichici sempre più numerosi,

e la volontà acquista maggiore intensità ed indipendenza di azione, e maggiore libertà di scelta. Tutto questo dà origine a ciò che con una felice espressione è stata chiamata *spiritualizzazione crescente*. Essa si produce negl'individui come si produce nelle società che si evolvono, onde l'evoluzione, sotto questo aspetto, è una crescente spiritualizzazione, è una crescente prevalenza degli elementi psichici di ordine sempre più elevato.

La conseguenza di questo fenomeno è, nella convivenza, una crescente solidarietà di parti e una cooperazione avente a base gl'interessi di un numero sempre più grande di persone e infine di tutta intera la collettività. Questa crescente prevalenza degli elementi psichici, in altri termini, permette innanzi tutto una comprensione mano mano migliore e più completa delle esigenze della vita in comune e quindi delle condizioni di adattamento alle quali bisogna far fronte per assicurare una esistenza più felice, sviluppa i sentimenti più adatti a questo genere di esistenza e rende le volontà più disposte e più energiche a reagire contro gli stimoli, che ad essa non si confanno. Tutto ciò è certamente in contrasto con le condizioni psichiche quali possono essere supposte dalla lotta di classi e dal predominio assoluto della classe più forte.

Abbiamo finalmente la legge dei contrasti pischici e della evoluzione per contrasti, la quale non è che una applicazione della corrispondente legge della relatività psichica ai fenomeni più estesi della vita sociale. Questa legge si riferisce propriamente ai contenuti soggettivi della coscienza, cioè a quegli elementi che, come i sentimenti e le emozioni, si presentano quali parti essenziali dei processi del volere; ma da essi può passare alle rappresentazioni e ai loro elementi, perchè essi son sempre « accompagnati da sentimenti più o meno pronunciati, siano questi connessi al contenuto delle rappresentazioni singole oppure al modo delle loro combinazioni di spazio e di tempo » (1).

---

(1) Wundt. Compendio di psicologia. Traduzione Agliardi, Torino 1890, p. 266.

Per opera di questa legge avviene che « i sentimenti e gl' impulsi aventi dapprima una piccola intensità, l'accrescono gradatamente a causa del contrasto con i sentimenti di opposta qualità predominanti per un certo tempo, finchè in tal guisa riescono a sopraffare i motivi sino allora prevalenti e tengono essi il predominio per un tempo più o meno lungo ». Cosicche, come osserva il Villa, « quando noi siamo dominati nei nostri atti da certi motivi e ci sforziamo di raggiungere un fine, lo sforzo prolungato può mutare a poco a poco i sentimenti che accompagnano i nostri atti, da una data qualità nella qualità opposta, in modo da suscitar poi, per mezzo di questo mutarsi di sentimenti, atti di carattere del tutto opposti a quelli compiuti fin allora » (1).

Per tal modo le opposte correnti, non solo nei sentimenti e nei processi volitivi, ma anche nei processi rappresentativi e quindi nelle idee e nelle dottrine si succedono e si contrastano il campo, sia nella vita dell' individuo, sia nella vita dei popoli e in genere attraverso l'evoluzione dell'umanità. A causa di ciò due diverse epoche storiche si contrappongono, come si contrappongono, in proporzioni diverse, due epoche nella vita di un medesimo individuo: le idee e i sentimenti che prevalevano un tempo danno luogo a idee e a sentimenti di ordine del tutto opposto. Questo spiega in gran parte le opposte orientazioni della coscienza in due periodi diversi, le azioni e le reazioni che si verificano nella storia tanto nei sentimenti che nelle idee e quindi la fortuna di certe dottrine in una data epoca, come anche il discredito in cui cadono nell'epoca successiva, per cedere il terreno a dottrine di ordine opposto. E spiega, almeno in gran parte, anche il sorgere della dottrina che critichiamo, la sua grande fortuna e la voga, che ha acquistato e va acquistando nell'epoca attuale. Essa, è vero, rappresenta l'affermazione di nuove condizioni e di nuovi bisogni, il delinearsi di nuove aspirazioni più o meno in armonia con

---

(1) Villa, op. cit., p. 617.

essi; ma rappresenta anche una reazione contro altri modi di concepire e di spiegare i fatti della umana convivenza, e per la legge dei contrasti assunse perciò un rilievo e un'importanza speciale, fino a tanto che un'altra reazione porterà avanti un'altra teoria, che la sostituisca e la faccia dimenticare.

Ma se la legge dei contrasti psichici può in parte spiegarne la genesi, non vale poi in nessun modo a giustificarla, anzi vale a mostrarne i lati deboli e difettosi. Con l'avvicendarsi infatti delle idee e dei sentimenti di ordine opposto, devono anche avvicendarsi i rapporti sociali di ordine opposto, che ne sono gli effetti, e per conseguenza, sia le relazioni sociali nell'interno di ciascuna classe, sia quelle che si sviluppano fra le classi diverse non possono non ricevere naturali spostamenti, non certo favorevoli a quel piano organizzato e coerente di dominio con cui si affermerebbe la prevalenza delle classi più ricche o più forti. Così possiamo vedere come ai sentimenti di odio fra le classi possono succedere i sentimenti di simpatia e alle lotte acute le epoche di armonica e feconda cooperazione.

Guardando adunque alle basi psicologiche della società e del diritto ci sembra che questa dottrina non si regga, come non si regge la dottrina precedente. Un debito apprezzamento degli elementi psichici che costituiscono il fondamento primo del diritto conduce ad escludere le teorie fondate sopra concezioni unilaterali della realtà, tanto che questa s'identifichi con la volontà dello stato, quanto che s'identifichi con la lotta e il predominio di classe. In entrambi i casi abbiamo un apprezzamento incompleto dei fenomeni psichici che stanno a base del diritto, in entrambi i casi la realtà viene svisata a vantaggio di una teoria preconcetta, in entrambi i casi il fenomeno giuridico viene staccato dagli altri fenomeni con i quali è connesso e di cui spesse volte non è che una semplice manifestazione.

L'esame che abbiamo finora seguìto degli elementi psichici nelle varie teorie filosofiche del diritto e nel suo svolgimento pratico, la critica che abbiamo rivolto ad alcune dottrine dal

punto di vista della loro base psicologica hanno servito a mettere in evidenza l'importanza che hanno questi elementi, per la determinazione, sia del concetto scientifico del diritto, che della genesi delle norme giuridiche e dei vari istituti, onde il rapporto giuridico viene regolato. Tale esame ci ha fatto vedere come il diritto trovi la sua prima base nei processi della coscienza e riceva da questi l'impronta specifica, la specifica fattura che assumerà nelle diverse epoche storiche e presso i vari popoli, al pari che nelle dottrine dei giuristi e nelle teoriche dei filosofi. In qualunque epoca storica infatti il diritto, sia nella teoria che nella pratica, tende a riflettere gli stati di coscienza, le inclinazioni, i sentimenti e le idee predominanti, come anche le dottrine psicologiche intorno alla coscienza dell'uomo e le caratteristiche e le forme che essa mano mano assume, le modificazioni che subisce.

L'analisi di questi processi della coscienza che stanno a base del diritto formerà oggetto della seconda parte di questo primo studio e costituirà un primo saggio di una vera e propria *psicologia del diritto.*

INDICE

INTRODUZIONE. — § 1. Argomenti e ordine di questi studi. — § 2. Risultati cui si spera di giungere con essi . . . . Pag. 89

CAPITOLO I. — ***Il diritto e la psicologia.*** — § 1. L'elemento psichico nella genesi e nell'applicazione della legge. — § 2. L'elemento psichico nel diritto subbiettivo. — § 3. L'elemento psichico e la scienza del diritto . . . . . » 97

CAPITOLO II. — ***L'elemento psichico nelle dottrine etico-giuridiche dei greci.*** — § 4. I sofisti. — § 5. Socrate. — § 6. Platone. — § 7. Aristotele. — § 8. Scuole post-aristoteliche. Gli stoici. — § 9. Gli epicurei. — § 10. Conclusioni sulla filosofia antica . . . . . » 106

CAPITOLO III. — ***L'elemento psichico nello sviluppo pratico del diritto romano.*** — § 11. Le qualità psichiche del Popolo romano. — § 12. L'influenza dei processi psichici sullo sviluppo del diritto romano. — § 13. Cicerone e i giureconsulti . . . . . » 127

CAPITOLO IV. — ***L'elemento psichico nella consuetudine e nel diritto naturale.*** — § 14. Gli elementi psichici nel periodo medievale. — § 15. La consuetudine. — § 16. Gli elementi psichici nel periodo del rinascimento. — § 17. Il diritto naturale e la legge . . . . . » 137

CAPITOLO V. — ***Le teorie della reazione.*** — § 18. Gli elementi psichici della reazione. — § 19. La scuola storica nei suoi pregi. — § 20. Nei suoi difetti. — § 21. Il realismo giuridico, cause onde proviene. — § 22. Suoi caratteri . . » 147

CAPITOLO VI. — ***Il fondamento psichico del diritto e il diritto naturale.*** — § 23. Condizioni di fatto che preparano il diritto naturale. — § 24. Sua autorità. — § 25. Critica dal punto di vista psicologico. — § 26. La teoria dell'onnipotenza del legislatore . . . . . Pag. 165

CAPITOLO VII. — ***Il fondamento psichico del diritto e il realismo giuridico.*** — § 27. Inconciliabilità di questa dottrina col fondamento psichico del diritto. — § 28. Suo carattere formale. — § 29. Modo come ne concepisca l'intima natura. — § 30. La coazione, suo carattere psichico. — § 31. Equivoci cui dà origine il concetto di coazione quando si prescinde dal suo fondamento psichico. — § 32. Il sistema complementare delle sanzioni. — § 33. Obbligatorietà della sanzione. Modo come la questione viene posta. — § 34. Modo di risolverla. — § 35. Importanza accordata all'elemento volitivo dello Stato. — § 36. Poca importanza accordata ai processi formativi. — § 37. Le aspirazioni della coscienza giuridica. — § 38. Gl'ideali del diritto e il diritto positivo. » 180

CAPITOLO VIII. — ***Il fondamento psichico del diritto e la teoria della classe dominante.*** — § 39. Contenuto di questa teoria. — § 40. Inammissibilità dei suoi presupposti psichici in ordine ai processi rappresentativi. — § 41. In ordine ai fenomeni incoscienti. — § 42. In ordine ai processi sentimentali: sentimenti egoistici. — § 43. Sentimenti altruistici. — § 44. In ordine ai processi volitivi. — § 45. L'imitazione. — § 46. L'abitudine. — § 47. In ordine alle leggi dell'evoluzione psichica . . . . . » 241

ERRATA - CORRIGE.

Pag. 116, riga 1 e 2: — « consiste nel ricevere e nel fare ingiustizia » — si legga: « risiede tra il ricevere e fare ingiustizia ».

STANFORD UNIVERSITY LAW LIBRARY

Stanford Law Library

3 6105 063 338 961